

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NATURE JURIDIQUE
DU FONDS DE COMMERCE
ET DE SON NANTISSEMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 14 décembre 1910, à 3 heures

PAR

Jacques MOUCHET

Président : M. PIÉDELIÈVRE.

*Suffragants : { MM. THALLER
 TISSIER } professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1910

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE LA NATURE JURIDIQUE
DU FONDS DE COMMERCE
ET DE SON NANTISSEMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 14 décembre 1910, à 3 heures

PAR

Jacques MOUCHET



Président : M. PIÉDELIÈVRE.

*Suffragants : { MM. THALLER } professeurs.
 TISSIER }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

AVANT-PROPOS

Ce que nous nous proposons avant tout et principalement, dans cette étude, c'est de déterminer le caractère juridique du fonds de commerce.

Il s'agit ici d'une question fort délicate qui a donné lieu, depuis plus d'un demi-siècle, à de vives controverses, dans la doctrine, et dont la solution rencontre les plus grandes difficultés. Ces difficultés proviennent d'abord de ce que le fonds de commerce, tel que l'on fait les conditions économiques modernes, est un bien d'une nature nouvelle et complexe qu'il est pour ainsi dire impossible de faire rentrer dans aucune des classifications traditionnelles du droit, et ensuite du silence gardé par le législateur qui, dans les réglementations successives auxquelles il l'a soumis, s'est abstenu, non seulement de le définir d'une façon précise, mais encore d'en circonscrire l'étendue.

Aussi la doctrine s'est-elle donné libre carrière, et les systèmes les plus hardis ont-ils été échafaudés pour dégager et fixer la nature juridique du fonds de commerce. Ils ont suivi deux courants opposés : les uns, inspirés par les théories allemandes, ont voulu y voir un patrimoine distinct pourvu d'un actif et d'un passif propres suivant le fonds de commerce dans les transactions dont il est

l'objet ; les autres ne l'ont considéré que comme un agrégat de valeurs sans autre lien entre elles que celui de leur groupement de fait en vue de leur destination commune.

Avant de prendre parti sur cette question fondamentale, nous commencerons par énumérer les valeurs ou éléments constitutifs du fonds de commerce. Nous les examinerons d'abord séparément, puis dans leur relation avec l'ensemble qu'ils contribuent à former par leur réunion et leur destination commune, de manière à nous rendre compte du rôle exact joué par chacun d'eux dans l'économie générale de cet ensemble.

Nous aurons ensuite à passer en revue et à discuter les divers systèmes mis en avant pour pénétrer la nature juridique du fond de commerce.

Ce sera la partie théorique de notre étude.

Cependant, comme ces systèmes ont été construits sur des données abstraites et spéculatives, ils ne nous permettront pas de prendre parti sur la question. Le vote de la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce nous fait un devoir et une nécessité d'abandonner le terrain de la doctrine pure, pour chercher dans les textes un point d'appui légal à la solution de notre problème.

Mais le champ de cette loi est beaucoup trop vaste pour que nous entreprenions l'étude entière de ses dispositions, qui n'offrent pas toutes, d'ailleurs, le même intérêt au point de vue du but que nous poursuivons.

C'est surtout en effet à l'occasion du nantissement constitué sur les fonds de commerce que s'est posée la question de leur nature juridique, et la loi de 1909 a eu, entre

autres, pour objet de mettre un terme aux controverses qui agitaient la jurisprudence sur la détermination des éléments du fonds frappés par le nantissement.

Nous cantonnerons donc notre sujet dans l'étude de la partie de la loi de 1909 qui est relative au nantissement des fonds de commerce. Mais en même temps, comme ce n'est point là son objet principal, puisqu'il tend à dégager la notion juridique du fonds de commerce, nous laisserons de côté tout ce qui, dans cette matière même du nantissement, ne sera pas en corrélation avec la première partie de notre travail. Cette seconde partie, qui traitera de nantissement des fonds de commerce, sera ainsi comme une suite de la première. Nous rechercherons, dans la loi de 1909, les dispositions susceptibles de corroborer ce que nous aurons dit sur la nature juridique du fonds de commerce, et nous essayerons de découvrir quel est celui des systèmes exposés par nous qui est le mieux en harmonie avec les dispositions de cette loi et la pensée du législateur.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE I^{er}

COMPOSITION DU FONDS

1^o QU'EST-CE QUE LE FONDS DE COMMERCE.

Cette catégorie spéciale de biens a fait à plusieurs reprises déjà, et tout récemment encore, l'objet de dispositions législatives.

Les lois du 28 février 1872, du 1^{er} mars 1898 et du 17 mars 1909 ont consacré définitivement l'expression de « fonds de commerce », mais elles n'en ont pas donné de définition générale et synthétique ; elles n'ont pas déterminé le sens de cette expression ni démarqué les limites de sa compréhension. Elles ont seulement organisé le régime légal auquel est soumis le fonds de commerce soit vis-à-vis de l'État, quant aux droits fiscaux qui le grèvent, soit vis-à-vis des particuliers, quant aux transactions et aux contrats auxquels ils peuvent donner lieu.

On ne peut dire d'ailleurs, qu'il y ait là une lacune

du législateur, car la loi positive ne fait pas de constructions juridiques théoriques, elle est plus terre à terre et se contente de donner des solutions d'espèces pour des cas concrets bien définis ; elle ne vise et ne peut viser qu'à servir en quelque sorte de guide dans la pratique journalière des affaires.

De ces règles pratiques et concrètes ainsi posées se dégagent des principes généraux et un corps de doctrine qui, pour n'avoir pas été formulés expressément n'en forment pas moins la base de la législation. C'est aux jurisconsultes qu'il appartient de les rechercher, de les exprimer des textes et leur donner leur formule générale.

Si le législateur n'a pas défini la nature ou la notion juridique du fonds de commerce, la réglementation qui lui a été appliquée peut permettre de fixer ses caractères distinctifs, sinon de le ranger dans une des catégories de la classification traditionnelle des biens admise par lui.

Il nous faut donc rechercher si, tant des dispositions légales que de la pratique commerciale et de la tradition historique, il n'est pas possible d'extraire une notion juridique du fonds de commerce.

Beaucoup d'auteurs en ont déjà essayé et présente des définitions, nous les laissons de côté pour le moment, par la raison que toute définition est une synthèse et que toute synthèse suppose la connaissance des parties qui concourent à la former. Or la plu-

part des définitions, jusqu'ici données du fonds de commerce sont plutôt analytiques que synthétiques.

C'est qu'en effet le fonds de commerce se compose d'éléments disparates qui ne se fondent pas en un tout homogène, mais continuent de subsister dans leur intégralité malgré leur juxtaposition et leur groupement en un faisceau unique. Il ne se produit aucun phénomène assimilable à une combinaison chimique dans laquelle les corps simples disparaissent entièrement pour en former un corps nouveau et unique. Aucune fusion ne s'opère entre les éléments d'un fonds de commerce au point de faire perdre à chacun d'eux son individualité particulière, sa nature juridique spéciale qui persistent et continuent d'apparaître très nettement dans le tout.

Aussi convient-il d'abord de procéder par voie d'analyse et de déterminer les éléments qui entrent dans la composition du fonds de commerce.

La loi du 28 février 1872 dans son article 7 énumérerait déjà un certain nombre d'éléments compris nécessairement dans la session d'un fonds de commerce. Le droit d'enregistrement de 2 0/0 sur les mutations du fonds de commerce devait être perçu « sur le prix de la « vente de l'achalandage, de la cession du droit au « bail et des objets mobiliers ou autres servant à l'ex- « ploitation du fonds, à la seule exception des mar- « chandises neuves garnissant le fonds ». Ainsi : achalandage, droit au bail, matériel d'exploitation et

marchandises neuves, tels sont les éléments que la loi de 1872 faisait rentrer dans la composition d'un fonds de commerce.

Observons d'abord que cette énumération est incomplète puisqu'elle laisse de côté : l'enseigne, les marques de fabrique ou de commerce et les brevets d'invention qui peuvent eux aussi, constituer des éléments importants d'un fonds de commerce.

Mais il faudrait d'autre part se garder de croire que tout fonds de commerce comprend nécessairement tous les éléments énumérés par la loi, il peut très bien se faire qu'un ou plusieurs d'entre eux soient absents et même que le fonds se compose que d'un seul, *la clientèle*. La composition du fonds de commerce est en effet essentiellement variable suivant la nature de l'exploitation ou de l'entreprise.

Parmi les éléments du fonds de commerce, les uns sont de nature *matérielle* comme les marchandises neuves et le matériel d'exploitation, les autres sont de nature *incorporelle*, comme l'achalandage, le droit au bail, l'enseigne et les marques.

Nous allons les passer en revue en commençant par les premiers, ce qui nous fournira en même temps l'occasion de faire la genèse historique du fonds de commerce jusqu'à l'origine où le matériel et les marchandises neuves étaient seuls considérés comme éléments du fonds.

2° ÉLÉMENTS MATÉRIELS DU FONDS DE COMMERCE.

Pendant fort longtemps on n'a vu dans le fonds de commerce que ses éléments matériels qui frappaient davantage les esprits peu cultivés et peu enclins à l'abstraction. L'absence de crédit et de concurrence due au régime corporatif était un obstacle au développement de la notion juridique de la clientèle. Au Moyen Age, époque à laquelle les rapports commerciaux étaient à peu près nuls, l'exercice d'un commerce rentre dans la catégorie des *Métiers*. Il n'y a pas à proprement parler d'entreprises commerciales, il n'y a que des artisans et des marchands au détail. Seuls les monastères et les seigneurs féodaux se livrent parfois au commerce en gros par l'intermédiaire de leurs prévôts (1).

D'ailleurs, l'importance des marchés et des foires faisant du commerce une profession quelque peu ambulante et par suite il n'y avait pas le plus souvent de siège fixe des affaires ; les marchands allaient de ville en ville là où ils avaient des entrepôts ou « *fondique* ».

L'exploitation d'un commerce ou d'un métier était

(1) Gombeaux : *Notion juridique du fonds de commerce*, thèse 1901, page 163.

une faveur octroyée moyennant finance par le seigneur local. Le roi concédait ainsi les métiers et les maîtrises qu'il érigeait parfois en officies héréditaires (1).

D'autre part, l'individu s'absorbait dans la corporation, personne morale dont l'institution était un obstacle à la concurrence individuelle. Par conséquent on ne voyait et on ne pouvait voir dans un établissement commercial que ce qui frappait le regard, c'est-à-dire le matériel et les marchandises.

Le matériel, étant donné l'état peu avancé de l'industrie est resté longtemps rudimentaire et n'a été considéré que comme accessoire.

Quant aux marchandises elles étaient presque à elles seules tout le « *fonds de boutique* ».

Au dix-huitième siècle, les progrès de l'industrie, l'apparition des manufactures donnèrent plus d'importance au matériel d'exploitation. Aujourd'hui ce matériel a souvent une valeur considérable, il varie à l'infini avec chaque espèce de commerce.

On a voulu soutenir, avant la loi du 1^{er} mars 1898 que les marchandises neuves en magasin n'entraient pas dans la composition du fonds de commerce. C'était une réaction violente contre la tradition : après avoir constitué la partie principale du fonds de commerce on prétendait les en exclure. Les partisans de cette doctrine la basaient à la fois sur les usages commerciaux d'après

(1) *Ibid.*, page 163.

lesquels dans la plupart des ventes de fonds de commerce on mettait à part les marchandises neuves pour en faire l'objet d'un inventaire séparé et d'une estimation distincte et sur la loi du 28 février 1872 qui a frappé de droits proportionnels différents les mutations de fonds de commerce et les ventes de marchandises.

« Pourquoi, disait-on, ce traitement différent, si les marchandises font partie intégrante du fonds de commerce (1) ».

Nous ne nous attarderons pas à la réfutation des arguments invoqués à l'appui de cette opinion, la question ne pouvant plus faire doute depuis la loi du 17 mars 1909. La controverse n'a plus qu'un intérêt rétrospectif.

Il est vrai que l'article 1^{er} paragraphe 2 de la loi n'énonce pas les marchandises neuves parmi les éléments compris implicitement dans la vente du fonds de commerce en cas de silence des parties, et que même, l'article 9 les exclut du nantissement dont le fonds peut être l'objet : « Sont *seuls* susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions de la présente loi, *comme faisant partie d'un fonds de commerce...*, « or les marchandises neuves ne figurent pas dans l'énumération. Mais l'hésitation n'est plus permise

(1) Lordereau : *Vente et nantissement des fonds de commerce*, thèse de 1900, pages 4 et suiv.

en présence de l'article 1^{er} qui exige la fixation de prix distincts pour les éléments incorporels d'une part et de l'autre pour le matériel et les marchandises qui sont par voie de conséquence, considérées comme éléments *corporels* du fonds. De son côté, l'article 15 relatif aux poursuites de saisies-exécution permet au débiteur de demander « la vente du fonds de commerce du saisi avec le matériel et les marchandises *qui en dépendent* ».

Du reste même avant la loi de 1909 on ne pouvait raisonnablement soutenir que les marchandises n'étaient pas un des éléments constitutifs du fonds de commerce ; la loi du 28 février 1872 invoquée à l'appui de cette thèse, fournissait au contraire un argument contre elle puisqu'elle avait jugé nécessaire d'excepter formellement les marchandises, du droit d'enregistrement de 2 0/0 à percevoir sur le prix de la vente des autres éléments du fonds.

« Il a fallu, dit M. Cordelet dans son rapport au Sénat (rapport n° 14 de 1907), une disposition formelle pour excepter les marchandises, disposition justifiée par la nécessité de leur appliquer un droit moins élevé. » (Page 3 du dit rapport.)

Ces marchandises sont l'élément en quelque sorte flottant du fonds de commerce. Comme elles en ont été considérées pendant fort longtemps comme la partie principale, c'est à leur occasion que s'était élevée la controverse sur la nature de l'usufruit dont le fonds

pouvait être grevé, et cette controverse avait été tranchée dans le sens du quasi-usufruit, l'usufruitier devant rendre, non pas les marchandises mêmes qui existaient au début de son usufruit, mais celles qui garnissaient le fonds à son expiration, c'est même là ce qui a été le point de départ de la théorie de l'universalité juridique (1).

A raison de leur mobilité incessante, le législateur, nous le verrons, n'a pas voulu les comprendre au nombre des éléments sujets au nantissement du fonds.

A la différence des marchandises, le matériel ou l'outillage est un élément stable et permanent du fonds ; il ne se renouvelle pas comme elles tous les jours puisqu'il n'est pas destiné à être vendu.

3^o ÉLÉMENTS INCORPORELS DU FONDS DE COMMERCE.

Historiquement, les éléments incorporels du fonds de commerce n'ont été aperçus et dégagés que fort tard et ce n'est guère qu'au cours du dix-neuvième siècle qu'on leur a reconnu une valeur commerciale intrinsèque évaluable en argent, susceptible de servir de base au crédit du commerçant.

(1) Proudhon : *De l'usufruit*, tome III, nos 4040 et suiv.

§ 1^{er}. — *Droit au bail.*

Au commencement, le droit au bail n'est pas envisagé comme une valeur pouvant faire l'objet de transaction.

On ne considère que le local qui sert à abriter le matériel et les marchandises. Chez les Romains c'est le « *taberna* », là où s'exerce le métier ou la profession commerciale. Jusqu'au seizième siècle, il n'est question que de *mesons* ou *ostels* servant au logement du marchand et de ses apprentis, d'*ouvrouers* où travaillent les artisans, de *fenestres* et *estaux*, où sont exposées les marchandises. Puis apparaît l'expression : *boutique*, corruption du bas latin *apotheca* (d'où est venu apothicaire).

Plus tard on trouve des boutiques concédées en fiefs par le roi avec obligation pour les gens du métier de les louer. On a cru voir là l'origine du droit au bail, mais il n'y a qu'une analogie fort lointaine, puisque le bail de ces boutiques était obligatoire et qu'au surplus le bailleur ne devait pas exercer lui-même le commerce.

Aujourd'hui le droit au bail entre très fréquemment dans la composition du fonds de commerce. Nous disons très fréquemment car il est des cas dans lesquels on ne le rencontre pas, par exemple lorsque l'immeuble

où est le siège du fonds de commerce, appartient au commerçant ou bien lorsqu'il s'agit de commerces ambulants (marchands forains). Il peut se faire par contre qu'il constitue l'élément prépondérant du fonds, c'est le cas pour le commerce d'hôtel meublé. Le droit au bail peut aussi acquérir une importance exceptionnelle du fait de sa relation avec la clientèle qu'il sert à grouper et à fixer.

Il y a des entreprises dont le succès dépend de leur situation dans tel ou tel lieu déterminé. Le droit au bail nous apparaît alors comme le support et le pivot de cet autre élément qui est aujourd'hui l'essence du fonds de commerce, je veux dire la *clientèle* (1).

Il a été pendant un certain temps seul pris en considération pour le nantissement du fonds : il suffisait de la remise du contrat de bail au créancier, avec signification de cette remise au propriétaire, pour affecter valablement au regard des tiers le fonds de commerce en gage.

Le droit au bail est le trait d'union entre les éléments corporels et les éléments incorporels du fonds. D'une part en effet, il fournit le local qui sert à emmagasiner et

(1) A propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 16 février 1822, Duvergier écrivait (n° 365). « Sans doute l'achalandage se conserve plus aisément, lorsqu'il n'y a pas de changement de domicile, mais il n'est pas exacte de dire qu'il y a impossibilité absolue de faire valoir le fonds dans un nouveau local. Ainsi la faculté de céder le bail n'est pas intimement liée à la faculté de vendre le fonds. » *Journal du Palais*, V. Bail, n° 848.

conserver les marchandises, et de l'autre il est le centre de la clientèle.

§ 2. — *L'enseigne.*

L'enseigne a une origine fort ancienne. On sait qu'au Moyen Age toutes les boutiques en étaient pourvues et l'imagination populaire s'y donnait libre carrière. Elle consistait en images et légendes.

L'établissement des enseignes était subordonné à l'autorisation de l'autorité municipale qui devait surveiller leur forme, leur solidité, de même que leurs emblèmes ou inscriptions, notamment au point de vue du bon ordre et des mœurs (ordonnance de police du 27 décembre 1761).

L'enseigne sert à individualiser l'établissement et à le signaler à l'attention de la clientèle.

Par elle même et matériellement elle n'a aucune valeur, elle n'en acquiert une que par le lieu qui la rattache à la clientèle. C'est à ce titre qu'elle fait l'objet pour le commerçant d'un droit de propriété exclusive. Elle désigne l'établissement aux clients et leur rappelle les qualités et les titres qu'il peut avoir à leur confiance. « La désignation en elle-même dit très bien Et. Blanc (1) n'est rien qu'un nom, qu'une indication ; l'achalandage qui s'y rattache est tout. »

(1) *Traité de la contrefaçon*, page 228.

Si l'enseigne n'a de valeur que par rapport à la clientèle qui lui donne tout son prix, par contre, c'est d'elle que dépend aussi bien souvent la conservation de cette même clientèle, elle joue sous ce rapport un rôle capital pour certaines maisons comme : le Bon Marché et le Louvre, le Crédit Lyonnais, le Café de la Régence, le Grand Hôtel, etc.

§ 3. — *Le nom commercial.*

Le nom commercial ne se confond pas avec l'enseigne. Ce nom n'est pas nécessairement le nom véritable du commerçant si celui-ci juge opportun de le changer pour attirer plus facilement la clientèle.

L'importance du nom comme celle de l'enseigne est en rapport avec celle de la clientèle. Si celle-ci ne tient qu'à la notoriété même du commerçant, à ses qualités de fabricant ou à ceux de sa réputation d'honnêteté, le nom commercial a une valeur moindre. Pour les sociétés le nom des principaux associés est groupé dans la raison sociale avec la formule : « Et C^{ie} ».

§ 4. — *Les marques de fabrique ou de commerce.*

Leur usage remonte très loin ; peut-être doit-on y voir une survivance du blason.

Au treizième siècle, le marchand se servait d'un cachet ou : *signum* pour marquer ses marchandises et les produits de sa fabrication. Cette coutume était générale car à cette époque l'écriture était peu répandue. Le marchand l'apposait sur ses livres et ses documents à l'instar des officiers publics. Lorsqu'il vendait sa maison, il cédait son : *signum*, en même temps que ses marchandises. L'usage du sceau disparut au treizième siècle pour les livres et documents, et les commerçants prirent l'habitude de signer de leur nom. Mais on continua de l'apposer sur les marchandises. Ces marques étaient notifiées et enregistrées aux bureaux de la Corporation ; on ne pouvait ni les changer ni les modifier, et elles étaient garanties contre les usurpations et les contrefaçons (1).

§ 5. — *Les brevets d'invention et secrets de fabrication.*

Ils font l'objet d'une législation protectrice spéciale dont nous ne pouvons nous occuper ici.

§ 6. — *L'achalandage ou clientèle.*

C'est l'ensemble des personnes qui, pour des causes

(1) Gombeaux : *Notion juridique du fonds de commerce*, thèse 1901, page 209.

diverses, achètent habituellement à une maison de commerce. — L'habitude qu'ont prise ces personnes de se fournir régulièrement à tel ou tel établissement constitue le lien de la clientèle ; aussi les appelait-on autrefois les *pratiques*.

Les sources de l'achalandage sont multiples et variables, comme les circonstances qui recommandent l'entreprise à la confiance du public. Elles peuvent se ramener à trois :

1° Les qualités personnelles de celui qui exploite le fonds de commerce ; 2° la situation particulière de l'établissement ; 3° la spécialité des produits, leur réputation, ou même simplement les caprices de la mode.

Il est bien évident que la valeur de la clientèle varie suivant qu'elle repose sur l'une ou sur l'autre des bases que nous venons d'indiquer. Une clientèle qui tient à l'habileté ou au mérite personnel de l'exploitant est évidemment plus éphémère que celle qui est due à la situation locale du fonds de commerce ou que celle qui recherche des produits spéciaux, elle risque de disparaître avec la personne qui la soutient ; aussi a-t-elle une valeur objective transmissible moins grande, et en tous cas beaucoup plus difficile à déterminer. — Il est clair que, quand une clientèle est due à la situation de l'entreprise commerciale sa valeur est plus fixe, plus stable comme les circonstances qui la produisent ; c'est un quartier où la circulation est exceptionnellement

active, c'est la proximité d'un autre établissement dont la renommée attire les visiteurs, etc., etc...

On voit par là que suivant les cas, les autres éléments incorporels du fonds auront eux-mêmes plus ou moins d'importance. Si c'est la situation locale qui groupe la clientèle, le droit au bail devient un élément prépondérant ; si c'est la spécialité ou bien la qualité et la renommée d'un produit, c'est la marque de fabrique ou de commerce, ou encore le brevet d'invention qui passent au premier plan.

La *clientèle* ou achalandage est donc, en définitive, la base fondamentale, l'âme même du fonds de commerce ; les autres éléments n'en sont pour ainsi dire que les satellites.

Une maison de commerce en effet ne vit que par sa clientèle. — Comme l'a dit très bien M. Gombeau (1). « Toute entreprise commerciale est fondée dans le but d'entrer en relations avec le public et de conclure avec autrui, le plus grand nombre possible d'actes de commerce. »

Sans la clientèle, les autres éléments du fonds ne sont rien, on peut même dire que le fonds lui-même n'est rien. Aussi ne nous étonnons pas si certains auteurs ont fait consister essentiellement le fonds de commerce dans la seule clientèle (2).

(1) *Notion juridique du fonds de commerce*, thèse 1901, page 207.

(2) « Le fonds de commerce, dit Thaller (*Droit commercial*, n° 82),

La loi du 28 février 1872 elle-même autorisait une semblable doctrine, puisqu'elle parlait de « Mutation de propriété de fonds de commerce *ou* de clientèle » (articles 7, 8 et 9).

Sans préjuger de la question sur la nature juridique de l'ensemble du fonds de commerce, bornons-nous, pour le moment, à constater que la clientèle est l'élément essentiel et caractéristique du fonds de commerce, bien qu'on paraisse admettre l'existence de fonds qui en soient dépourvus, par exemple lorsqu'il s'agit d'entreprises commerciales à leurs débuts (1).

C'est qu'en effet on est loin d'être d'accord sur le caractère juridique à donner à cet élément du fonds de commerce — difficilement déterminable.

La clientèle ne suppose aucun lien de droit entre le commerçant et ses clients, elle n'est donc pas un en-

contient comme élément prépondérant (et même comme unique élément, si c'est de sa nature incorporelle que l'on s'occupe) la clientèle ou açalandage qui y est attachée. — C'est d'après l'importance de cette clientèle que se détermineront son chiffre d'affaire et par là sa prospérité... Vendre un fonds de commerce c'est vendre cette clientèle. » Voyez Labori : *Répertoire Encyclopédique de Droit français* : Voir fonds de commerce. — Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, tome III, n° 245.

(1) M. Thaller (*Idem*, page 82) cite le cas des usines ou manufactures dans lesquelles le prix de cession se règle habituellement à raison du nombre des machines ou moyens de production, sans égard à l'activité de ses ventes. Mais il est faux de dire que ces établissements n'ont pas de clientèle. D'ailleurs, M. Thaller en tire la conclusion « qu'au sens que nous donnons ici aux mots, le fonds de commerce n'existerait pas ».

semble ou un groupe de créances représentant une valeur fixe et nette. C'est quelque chose d'impalpable et d'impondérable. Ce qui fait le lien entre les acheteurs et le fournisseur, c'est le plus souvent, avons-nous dit, l'habitude des rapports d'affaire qui se sont établis entre eux. Cela est vrai d'une clientèle déjà formée et assise. Doit-on conclure de là que les établissements qui ne possèdent pas une telle clientèle ne sont pas à proprement parler des fonds de commerce ? Non.

Comme l'a dit M. Gombeaux (page 75), le fonds de commerce ne suppose pas toujours et nécessairement une clientèle habituelle, l'achalandage consiste en « une chance d'opérations commerciales, une possibilité d'affaires plus ou moins marquée, et qui est déterminée par différents facteurs, et à défaut de toute autre circonstance spéciale, par la situation même de la maison de commerce ». Ainsi on ne peut pas dire qu'une auberge où n'entrent que des acheteurs occasionnels, de simples passants, n'ait pas de clientèle, sous prétexte qu'il n'y a pas entre eux de relations habituelles.

Même lorsqu'il s'agit d'un établissement nouveau qui se crée, la valeur de la clientèle peut apparaître avant son ouverture, car « il existe déjà une chance, une probabilité d'affaires dont l'existence est si peu douteuse en fait que si une cession intervient avant toute exploitation, il en sera tenu compte dans le prix convenu entre les parties ».

M. Gombeaux définit donc l'achalandage : « l'en-

semble des relations réelles ou possibles qui peuvent exister entre le fonds et le public. On peut, ajoute-t-il, y voir en quelque sorte le coefficient du bénéfice commercial que représente l'exploitation de l'entreprise (Id. 76). C'est une chance de succès et de bénéfices commerciaux créée et développée par le commerçant. »

Pour M. Gombeaux, l'achalandage est une véritable valeur patrimoniale appréciable en argent et donnant lieu à des droits spéciaux analogues au droit de propriété, sanctionnés par une obligation de garantie. Cette obligation de garantie n'est autre que celle qui incombe au vendeur du fonds de ne pas se rétablir. Celui-ci doit se dessaisir complètement et absolument de la clientèle vendue qui doit être mise entièrement à la disposition de l'acheteur.

Il s'oblige à ne pas reprendre les clients pour lui-même parce qu'il « reprendrait en réalité l'une des qualités lucratives de l'entreprise qu'il a cédée à son successeur ». Il évincerait son acheteur.

L'action en concurrence déloyale, sanction de cette obligation de garantie, se présenterait alors à nous comme une action *réelle*, une sorte d'action en revendication tendant à faire rentrer dans le patrimoine de l'acheteur un bien qu'on en aurait fait sortir. Ce ne serait plus comme dans l'opinion générale une action *délictuelle* basée sur l'article 1382 du Code civil. L'acheteur du fonds revendiquerait la clientèle aux mains de son vendeur comme le propriétaire d'un immeuble le reven-

dique aux mains de celui qui s'en est emparé. « Les manœuvres constituant la concurrence déloyale, dit encore M. Gombeaux, ont pour caractère distinctif et pour but même d'enlever à un commerçant l'achalandage, valeur appréciable en argent, c'est un tort causé au patrimoine d'autrui (1). »

Cette théorie n'a pas prévalu dans la jurisprudence et la plupart des auteurs eux-mêmes la repoussent. L'action en concurrence déloyale a toujours été basée sur l'article 1382 du Code civil ; c'est une action délictuelle qui tend à faire prononcer une condamnation pécuniaire, et non pas à procurer la restitution d'une chose détenue indûment.

En effet, l'action réelle en revendication poursuit le recouvrement ou la restitution d'une chose corporelle, elle n'a pas pour objet la protection de la propriété immatérielle, bien qu'on paraisse assez disposé à entrer dans cette voie, en ce qui concerne l'action pour usurpation de nom et pour contrefaçon de marque (2).

Le droit de propriété est un droit privatif, on peut l'apercevoir quand il s'agit de monopoles de fabrication ou de production ; mais il est bien plus vague, bien moins délimité lorsqu'il s'agit d'un droit sur une clientèle qui a la liberté absolue de se détacher d'un établissement pour se diriger vers un autre.

(1) *Ibid.*, page 80.

(2) Thaller, comme ci-dessus, page 71, note 2.

Le principe de la liberté de la concurrence fait que toute personne a le droit d'attirer à soi une clientèle qui appartient à un autre, et ce faisant, elle ne commet aucune usurpation ni aucun délit pourvu, bien entendu, qu'elle n'emploie pas dans ce but des moyens réprouvés par la loi.

Donc une clientèle ne peut pas faire l'objet d'un droit de propriété puisqu'elle est à la disposition de toute personne qui réussit à l'accaparer.

Si le vendeur du fonds de commerce ne jouit pas de cette faculté pour la clientèle du fonds qu'il a cédé, c'est parce qu'il se l'est interdit dans l'acte de vente vis-à-vis de l'acheteur. Il n'a pas aliéné une chose immatérielle ; il a contracté une obligation personnelle consistant dans une abstention.. Cela est tellement vrai que cette abstention n'est imposée généralement que dans un certain rayon autour du siège de l'établissement. En dehors de ce rayon le vendeur a toute liberté pour appeler la clientèle en s'abstenant toutefois de manœuvres frauduleuses.

Au surplus, l'expression même, d'action en concurrence déloyale, implique l'idée de délit.

Nous croyons donc que la thèse de M. Gombeaux est difficilement admissible et nous le disons au risque d'encourir son reproche de ne pas « définir le droit ou la situation juridique à laquelle il est porté atteinte », de voir seulement « le côté pratique des choses... sans préoccupation de construire une théorie ».

En revanche, nous sommes d'accord avec M. Gombeaux lorsqu'il voit dans l'achalandage une chance de profit et une possibilité d'affaires lucratives. Il est à ce titre une source aléatoire de production économique et de revenus, il est donc un bien immatériel, ne rentrant dans aucune des catégories prévues par la loi.

Nous avons dit qu'il est comme la substance même du fonds de commerce, en effet les autres éléments incorporels du fonds ne sont, comme le dit M. Thaller, que les signes ou moyens d'activité mis par la loi à la disposition du commerçant, industriel ou producteur afin de grouper et de conserver sa clientèle. Celle-ci représente la valeur la plus caractéristique de la situation commerciale du fonds. On ne peut dire qu'il y ait vraiment cession d'un fonds de commerce si cette cession ne comprend que le matériel et les marchandises et si le commerçant ne cède pas en même temps à son successeur le droit de continuer les affaires à sa place et d'utiliser à son profit exclusif les relations commerciales antérieures à la cession (1).

(1) Cantalan..., page 60.

4° DE L'ACTIF ET DU PASSIF DU FONDS DE COMMERCE.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que les éléments que nous venons d'énumérer entrent dans la composition du fonds de commerce. Mais que, sauf pour la clientèle, leur présence n'est pas indispensable à l'existence du fonds ; autrement dit aucun d'entre eux n'est nécessaire à la constitution du fonds, à l'exception de l'achalandage.

Doit-on regarder comme un autre élément du fonds de commerce les créances et les dettes contractées par le propriétaire du fonds dans l'exploitation de son commerce ?

Nous abordons ici, une grave question qui touche au cœur même de la nature juridique de l'établissement commercial. Si ce dernier englobe dans son ensemble les dettes actives et passives du commerçant, les créances et les dettes passeront de plein droit à l'acheteur du fonds en cas de cession. *A priori* on conçoit parfaitement un tel état de choses ; les débiteurs du vendeur se libéreraient valablement entre les mains de l'acheteur, et inversement, les créanciers pourraient s'adresser à ce dernier pour obtenir le paiement. Une telle solution serait elle-même assez pratique, car les tiers qui sont entrés en relation avec le vendeur du

fonds, ne l'ont fait qu'à l'occasion de son commerce ; ils ont traité avec le fonds, ils continuent à s'adresser au siège de l'entreprise dont ils peuvent d'ailleurs ignorer le changement de propriétaire. Mais il est clair que ce résultat n'est juridiquement possible dans l'état actuel de notre législation, qu'à la condition qu'il y ait là pour eux qu'une pure faculté et que le vendeur avec lequel ils ont traité, reste subsidiairement tenu vis-à-vis d'eux de l'exécution de ses engagements.

Même dans ces limites restreintes le législateur n'a pas admis une telle solution. Il n'a pas compris de plein droit les créances et les dettes dans la cession d'un fonds de commerce (1), à moins de convention spéciale et expresse, et dans ce cas les créanciers conservent leur ancien débiteur et ne font qu'en acquérir un nouveau. La loi a même exclu formellement du nantissement les créances nées de l'exploitation du fonds.

La question ne peut donc plus être discutée aujourd'hui, mais pendant longtemps elle a prêté à controverse, et certains auteurs ont professé la doctrine que les créances actives et passives entraient dans la composition du fonds de commerce et passaient à l'acquéreur avec les autres éléments du fonds (2).

(1) Loi du 17 mars 1909.

(2) Voyez Boistel : *Droit Commercial*, 3^e édition, n° 294. — Dalloz : *Répertoire*, V. Industrie et Commerce, n° 374. — Proudhon : *Usufruit*, nos 1010 et suiv. — Rolland de Villargues : V. *Fonds de Commerce*, nos 11 à 14.

On peut même citer en ce sens un arrêt de la Cour de Paris du 12 avril 1833, affaire Hennet. (Dalloz : *Répertoire*, *ibid.*).

La loi de 1898 sur les nantissements des fonds de commerce a même été invoquée à l'appui de cette thèse. (*Annales de Droit commercial*. — Magnier : *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, année 1899, page 399).

Cette question soulève le problème de la notion juridique du fonds de commerce qui a donné lieu depuis quelques années à d'intéressantes controverses suscitées par l'introduction chez nous des théories allemandes.

C'est maintenant que nous entrons dans le vif de notre étude sur la nature juridique intime du fonds de commerce.

CHAPITRE II

NATURE DU FONDS CONSIDÉRÉ DANS SON ENSEMBLE

1^o HISTORIQUE.

Disons tout d'abord que cette conception de fonds de commerce envisagé comme patrimoine distinct comprenant un actif et un passif propre n'est pas nouvelle.

Dès l'antiquité on en trouve des traces. « Le *droit grec*, dit M. Gombeaux (*op. cit.*, page 125), a connu une construction juridique analogue à la théorie moderne du fonds de commerce ; il a sanctionné des contrats, notamment des cessions, ayant pour objet cet ensemble de biens et d'avantages qui constitue aujourd'hui l'entreprise commerciale : les marchandises, la clientèle attachée à l'établissement, les créances et les dettes résultant de la mise en œuvre du fonds..... Quant à l'ensemble de ces derniers éléments, c'est-à-dire au fonds de commerce lui-même, il est traité comme une universalité nettement individualisée et pouvant faire l'objet de contrats ».

A Rome où les professions commerciales étaient vues avec défaveur, les classes élevées avaient trouvé dans l'institution du pécule un moyen facile et pratique de gagner de l'argent sans exercer personnellement le commerce et par suite sans encourir la déconsidération.

Les riches, nobles ou sénateurs préposaient un esclave à l'exploitation d'une entreprise qui prenait entre ses mains le nom de pécule, or le pécule était considéré comme une personne juridique et un texte du *digeste* l'assimile même à un homme (1).

Ce pécule que certains commentateurs appelaient *profectice* restait la propriété du *pater familias*. Ce dernier, en confiant à un esclave l'exploitation d'une partie de son patrimoine était censé avoir implicitement consenti, pour l'administration du-dit pécule à l'accomplissement de certains actes de la part du bénéficiaire, et à raison de cette volonté tacite, le prêteur donnait contre le *pater familias* l'action du contrat conclu par l'esclave ou le fils de famille. Toutefois le *pater familias* ne pouvait être poursuivi *de peculio* que *jusqu'à concurrence du montant du pécule* : « *duntaxat de peculio* ».

Lorsque les valeurs composant le pécule étaient engagées par le concessionnaire dans des opérations com-

(1) « Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur, et ideo eleganter et Papirius Frontò déceleat, peculium simili est homini » *Digeste*, loi, 40 pr. livre XV, titre 1^{er}.

merciales à la connaissance du père de famille (1) l'action donnée contre ce dernier *de peculio* prenait le nom d'action *tributoria*; et le juge ne pouvait condamner le *pater familias* que jusqu'à concurrence des valeurs engagées dans le commerce augmentées des gains réalisés (2). Mais aucune déduction n'était opérée comme dans l'action *de peculio* proprement dite, ni au profit du *pater familias* pour ce qui pouvait lui être dû, ni au profit d'autres créanciers, à raison des condamnations déjà prononcées à leur profit et non encore exécutées (Loi 6, livre XIV, titre 4). Le prêteur avait voulu faire régner l'égalité proportionnelle entre les créanciers.

Le *pater familias* pouvait se soustraire aux actions *de peculio et tributoria* en abandonnant aux créanciers l'actif formant leur gage, c'est à dire le pécule, la *merx peculiaris*, et les créanciers nommaient un arbitre chargé de faire entre eux la répartition (Loi 7, § 1^{er}, livre XIV, titre iv).

Le pécule *profectice* formait donc bien entre les mains du fils de famille ou de l'esclave un patrimoine distinct de celui du père de famille et sur lequel les tiers qui avaient traité avec le concessionnaire avaient des droits privilégiés (Loi V, § 3 et loi 6, livre XV, titre 3).

(1) Si servus in peculiari merce sciento domine negocietur. *Institutes*, livre IV, titre 7, § 3.

(2) Quidquid in mercibus est, quodque inde receptum est. *Institutes*, ibid. *Digeste*, loi 5, § 5, livre XIV, titre 4.

Mais en même temps, ils avaient recours contre le père de famille, même pour ce qui dépassait le montant du pécule, lorsque le contrat avait profité au *pater familias* et dans la mesure du profit retiré par ce dernier (*action de in rem verso*. Sentences Paul, livre II, titre IX).

Donc la *merx peculiaris* était bien une personne juridique soumise à une réglementation spéciale.

La disparition de l'esclavage et l'importance prise par l'institution des pécules castrense et quasi castrense des fils de famille amenèrent la disparition de la *merx peculiaris* et dans l'ancien droit français nous ne trouvons rien qui puisse faire considérer l'entreprise commerciale comme une entité juridique spéciale et distincte.

On ne connaît que le fonds de boutique dans lequel on ne voit que le local et les marchandises c'est-à-dire les éléments matériels. L'achalandage et les éléments incorporels qui s'y rattachent ne paraissent point avoir été considérés comme valeurs rentrant dans le fonds de boutique, ce qui se conçoit parfaitement dans un état économique où la libre concurrence n'existait pas et où le commerce et l'industrie étaient tout entiers aux mains des corporations de métiers.

D'autre part, la prépondérance de la maxime « *res mobilis, res vilis* » et le dédain des hautes classes pour le commerce avaient fait négliger par les juriconsultes cette catégorie de biens.

Pourtant ils s'en étaient occupés à propos du carac-

tière mobilier ou immobilier à reconnaître au fonds de boutique.

La doctrine et la jurisprudence étaient divisées, mais c'était à peu près le seul point de vue sous lequel on l'envisageait. Rien ne peut donner à penser qu'on ait reconnu au patrimoine commercial du marchand une unité et une indépendance analogue à celle du fonds social (1).

La Révolution proclame la liberté du commerce et supprime les corporations avec les privilèges industriels. L'essor est donné à la concurrence par la liberté commerciale. La notion du fonds de commerce va pouvoir désormais se former. Mais elle ne se précise pas tout d'un coup, une longue période s'écoule pendant laquelle elle reste à l'état en quelque sorte nébuleux.

La jurisprudence, dans le droit intermédiaire, reprend la question agitée par les anciens parlements relativement au caractère mobilier ou immobilier du fonds de boutique et celle de la nature de l'usufruit constitué sur ce fonds. A ce sujet l'arrêt de la Cour de cassation du 9 thermidor an XI (Merlin, *Rep.*, V. Usufruit, § IV, 8) est curieux à observer. Sans consacrer formellement la théorie de l'universalité juridique du fonds de commerce, cet arrêt y tendait manifestement. « Attendu, disait-il, qu'un fonds de boutique, n'est dans le fait et

(1) Gombeaux : *op. cit.*, page 214.

ne peut être considéré que sous l'aspect d'une généralité de meubles, et de meubles fongibles... , qu'un fonds de cette nature est fongible dans ses parties et dans son ensemble ; qu'il l'est dans ses parties parce que toutes les marchandises sont des choses consistant en nombre, poids et mesure ; qu'il y a également fongibilité dans l'ensemble d'un fond de boutique parce qu'une chose est fongible, non seulement lorsqu'une espèce ou plutôt un individu de cette chose peut-être remplacé par une autre quantité, mais même quand elle est de nature à pouvoir être *représentée par l'argent* qui est le premier de tous les objets fongibles..... que le produit d'un fonds de boutique se calcule par le bénéfice des ventes et des reventes..... »

La Cour de cassation s'appropriait la doctrine exposée par le demandeur dans ses moyens. « Il y a, disait ce dernier, fongibilité dans l'ensemble du fonds de boutique parce qu'une chose est fongible non seulement lorsqu'elle peut être remplacée par une autre de même espèce et quantité, mais encore quand elle est de nature à pouvoir être représentée par l'argent qui est le premier de tous les objets fongibles. Or un fonds de boutique ne se considère jamais que par l'argent qu'il est destiné à produire ; *les corps qui le composent ne sont rien*. On ne voit que la somme d'argent qui doit résulter de leur valeur. Les marchandises achetées et *les créances* y sont évaluées et confondues pour former l'actif ; le passif se compose indistinctement *des dettes*

et des marchandises vendues ; la différence entre l'actif et le passif est toujours une somme d'argent. »

On appliquait au fonds de marchandises la doctrine romaine sur la *Mensa argentaria*, laquelle n'avait pour objet que le commerce de l'argent et qui ne comprenant que des créances et des dettes constituait un « *nomen juris* ».

Au fond, il n'y a pas là autre chose que la théorie du fonds de commerce considéré sinon comme personne morale, du moins comme patrimoine distinct, à l'instar de l'hérédité.

Toutefois cette notion était encore trop imprécise pour qu'on puisse affirmer qu'elle avait acquis droit de cité dans la jurisprudence ; nous n'en retenons que cette constatation d'une tendance à dégager la partie incorporelle du fonds de commerce jusqu'alors passée inaperçue.

Déjà, la loi du 7 février 1791 avait sanctionné pour les brevets d'invention un droit de propriété incorporel et temporaire. On fut dès lors conduit à reconnaître dans le fonds de commerce l'existence de valeurs incorporelles. Par jugement du 29 thermidor an XI, le tribunal d'appel de Paris donnait à l'acquéreur d'un fonds de commerce « la propriété physique » et « la propriété morale ».

Ainsi « on s'acheminait lentement dit M. Gombeaux (*op. cit.*, p. 217) vers une notion plus complexe, dont le droit ultérieur dégagera les principes ».

La persistance des idées romaines touchant le pécule

commercial de l'esclave, la *merx peculiaris* et surtout le rapprochement opéré entre la *Mensa argentaria* et le commerce de marchandises, conduisit tout d'abord la doctrine à voir dans le fonds de commerce un *nomen juris*, une universalité de droit, un patrimoine composé d'un actif et d'un passif semblable à l'hérédité. Dans son traité des droits d'usufruit, Proudhon fait rentrer dans son universalité les dettes contractées par le commerçant à l'occasion de son négoce « telles que celles qui auraient pour cause l'achat fait à crédit de marchandises qui sont l'objet de son négoce » (tome II, n° 1825 et suiv.). Il invoquait la loi 77 § 16 au *Digeste* (livre XXXI) et le commentaire du Cujas ; il en tirait la conséquence que le legs d'un fonds de commerce est un legs d'universalité comprenant les créances actives et passives du commerçant qui a fait le legs ; il appliquait les règles suivies en cas de vente de droits successifs.

Or ce texte se réfère précisément à la *Mensa argentaria*.

Cette idée avait paru triompher un moment dans la doctrine (Rolland de Villargues : Voir *Fonds de Commerce*, n°s 11 à 14. — Dalloz : *Répertoire* : V. Industrie et commerce n° 374. *Journ. du Palais*, Rep. ; V. Fonds de commerce, n°s 2 et 3. — Boistel : *Droit commercial*, 3^e édition, page 294).

La jurisprudence même l'avait un instant accueillie et un arrêt de la Cour de Paris du 12 avril 1833 (affaire Hennet, contre Labiche) avait jugé que tous les droits

créances et recouvrements dépendant d'un fonds de commerce étaient réputés accessoires de ce fonds.

On était ainsi arrivé du premier coup à considérer le fonds de commerce comme un patrimoine spécial et distinct.

Mais les usages du commerce ne cadraient point avec cette théorie. Dans la pratique la vente pure et simple d'un fonds de commerce n'entraînait pas pour l'acquéreur la charge de payer les dettes. C'est ce que reconnaissaient sans difficultés les partisans mêmes du système dont nous venons de parler : (Proudhon ; *Usufruit*, n° 1010 et suiv. — Rolland de Villargues : *loc. cit.*). Le système de la patrimonialité du fonds de commerce était d'ailleurs en opposition trop formelle avec le principe de l'unité du patrimoine reconnu et consacré par l'article 2093 du Code civil, pour pouvoir être admis sans contradiction.

Les auteurs modernes sont unanimes à repousser les conséquences de cette séparation qu'on voudrait établir entre le patrimoine personnel et le patrimoine commercial du négociant (Aubry et Rau : tome II, page 740, § 236, note 5. — Laurent : tome VI, n° 147. — Baudry-Lacantinerie : *Des biens*, n° 583, note 2. — Lyon-Caen et Renault : *Droit commercial*, tome III, n° 240. — Thaller : n°s 86 et 89).

Ils ne voient, pour la plupart dans le fonds de commerce qu'une simple réunion de valeurs et une simple universalité de fait.

De son côté, la jurisprudence s'est départie de son opinion d'un instant, mais elle a continué à voir pendant longtemps dans le fonds de commerce une universalité de droit, un tout de nature incorporelle et homogène ne comprenant cependant ni actif ni passif. Elle est restée d'ailleurs flottante et incertaine, tantôt envisageant le fonds comme une universalité de nature toujours incorporelle, tantôt le considérant comme universalité corporelle ou incorporelle suivant les cas particuliers.

Nous allons examiner successivement les divers systèmes modernes proposés sur la nature juridique du fonds de commerce.

2^o THÉORIES MODERNES.

§ 1^{er}. — *Le fonds de commerce envisagé comme ayant un patrimoine distinct de celui du commerçant qui l'exploite.*

Les systèmes qui peuvent se ranger sous cette rubrique sont tous inspirés par l'idée d'assimiler l'entreprise commerciale de l'individu à celle qui est exploitée par une Société, autrement dit, le fonds de commerce doit être traité comme un fonds social.

On fait remarquer que cette conception est d'accord

avec les faits et la pratique, elle trouve sa réalisation dans l'organisation de la comptabilité commerciale. L'individu qui engage un capital dans une entreprise commence par opérer sur ses livres de commerce la séparation entre ce capital et son patrimoine dont il le détache. Le premier article de cette comptabilité consiste à débiter le fonds de commerce de la somme employée à son acquisition « Doit : fonds de commerce à capital : tant ».

Donc le fonds de commerce a bien dans la réalité des choses, une individualité distincte de la personne du commerçant. Il devient une organisation économique pourvu d'un nom qui le distingue, d'un domicile particulier et il évolue suivant une destination bien déterminée ; le capital initial de l'entreprise entre en conjonction avec les valeurs diverses qui serviront à l'alimenter pour aboutir à un résultat qui apparaîtra dans les comptes. C'est donc là un patrimoine spécial, un organisme vivant de sa vie propre ; il a un actif qui comprend les valeurs diverses corporelles et incorporelles du fonds, et un passif qui est formé par les engagements dérivants de son exploitation.

Les systèmes qui reposent sur cette conception fondamentale peuvent se ramener à trois :

1° Le fonds de commerce est considéré comme *personne morale* ;

2° Le fonds de commerce est un *patrimoine spécial* affecté à une destination :

3° Le fonds de commerce est une *universalité de droit*.

A) **Premier système. — Le fonds de commerce, personne morale.**

C'est en Allemagne que ce système a pris naissance, il pousse jusqu'à ses dernières conséquences l'idée que nous venons de rappeler et qui assimile la maison de commerce de l'individu à celle qui est exploitée par une société. Le fonds de commerce acquiert ainsi une indépendance juridique presque absolue. C'est un organisme économique doué d'une véritable personnalité civile, tout comme l'État ou la commune.

Il ne comprend pas seulement une clientèle, un matériel et des marchandises, mais aussi un capital qui alimente et vivifie l'entreprise, un actif et un passif résultant d'actes spéciaux faits au nom de la maison de commerce et dans son intérêt, conformément à son but et à sa destination. Il est donc « libre d'attache avec le patrimoine particulier du négociant ». Or cette indépendance économique que le fonds de commerce possède en fait doit avoir pour corollaire l'autonomie juridique.

Il constitue ainsi un être commercial indépendant de la personne du commerçant qui l'exploite et l'administre. Il se meut alors dans sa sphère particulière et a son mode d'existence à lui.

Non seulement sa personnalité est détachée de celle

du commerçant, mais il la domine en quelque sorte (1). C'est la conséquence de l'importance attribuée par le droit allemand à la *фирме* ou nom commercial. Tout établissement commercial doit être inscrit sur les registres publics sous son nom ou firma, et en cas de transmission du fonds, la mutation est énoncée sur le registre de la firme. Il n'y a donc pas en réalité de changement, seul le titulaire du fonds est remplacé, l'établissement commercial continue de subsister sous son nom ancien, sous sa firma.

En France, il n'en est pas tout à fait ainsi, et le vendeur du fonds a le droit d'exiger de l'acquéreur que tout en conservant son nom, il le fasse suivre des mots : « Un tel, successeur. »

Le nom commercial individualise réellement le fonds ; c'est une autre personne que celle du propriétaire ; celui-ci peut changer, cette personnalité reste la même. La firma suit le fonds entre les mains des acquéreurs successifs. « Le fonds de commerce personnifié, dit M. Gombeaux, a sa vie propre, indépendante de celle du commerçant ; il naît, croît, décroît et s'éteint comme un être vivant : il domine le négociant et lui survit sans que les changements dans la personne du titulaire aient aucune influence sur son individualité propre » (*loc.*

(1) Endemann, qui a préconisé ce système, appelle le commerçant : *der erste Diener des geschäfts* ; le premier employé du fonds. Dans ce système, l'aliénation du fonds devient en quelque sorte un simple changement de gérance.

cit., page 18). « En réalité, le fonds de commerce domine la personne du commerçant; c'est à lui qu'est attachée la clientèle, c'est lui qui est le véritable support du crédit commercial, et c'est lui que les créanciers ont en vue bien plutôt que la personnalité souvent inconnue du commerçant » (page 17).

Les conséquences de cette doctrine sont importantes. D'abord la personnalité du commerçant propriétaire du fonds s'éclipse, il descend au rang de simple préposé faisant partie du personnel de l'exploitation commerciale. (Voir dernière note.) Les employés, gérants et représentants de la maison de commerce ne sont pas ses employés ni ses représentants, mais ceux de la maison de commerce à laquelle ils louent leurs services.

Le fonds de commerce subsiste tel quel en dépit des événements qui affectent la personne du négociant. La mort de ce dernier, sa retraite volontaire restent sans influence sur l'existence et la composition du fonds. Il continue d'exister avec ses relations juridiques antérieures. C'est le fonds qui reste créancier et débiteur. On ne peut même pas dire qu'il y ait transmission des dettes actives et passives puisque la personnalité du fonds, seule créancière et débitrice, ne change pas.

Les créances et les dettes ne regardent que le propriétaire actuel du fonds et non pas ses prédécesseurs, qui sont libérés puisqu'ils n'étaient tenus qu'en qualité de gérants. De plus, la responsabilité a une limite,

elle ne va pas au-delà de la valeur du patrimoine commercial ; comme en droit romain, le titulaire du fonds n'est obligé que jusqu'à concurrence de cette valeur.

En outre, de même que l'actif commercial répond seul des dettes, de même les créanciers commerciaux seront les seuls susceptibles d'être payés sur cet actif. Les créanciers civils du négociant ne viendront pas en concours avec eux, ils n'auront pour gage que ses biens personnels. Cette conséquence résulte nécessairement de la séparation qui s'est opérée entre le patrimoine commercial et le patrimoine personnel du négociant.

En effet, le fonds a un patrimoine distinct de celui de son titulaire ; à tel point que si des immeubles en font partie, c'est au nom du fonds lui-même, de la *firma* qu'ils sont inscrits sur le livre foncier.

C'est également au nom du fonds de commerce lui-même, de la *firma*, que sont intentées les actions en justice ; le domicile de l'entreprise ne se confond pas avec le domicile personnel du négociant et il est attributif de compétence judiciaire ; il détermine la juridiction qui doit connaître des actions intentées contre le fonds à l'occasion de son exploitation et le lieu où doit s'ouvrir la faillite.

Enfin, s'il y a plusieurs établissements commerciaux exploités par le même individu, il y aura autant de personnes juridiques et autant de patrimoines qu'il y a d'établissements. Chacun d'eux aura son domicile, son nom particulier, son actif et son passif. Les créanciers

de l'un ne pourront poursuivre les autres ; en cas de faillite, il y aura autant de masses séparées.

Cette manière de concevoir la notion juridique du fonds de commerce a été exposée par Endemann : *Des deutsche Handelsrecht, systematisch dargestellt*. Elle est partagée par un certain nombre d'auteurs allemands.

Toutefois, il y a des variantes de détail dans ce système, variantes qui reposent sur des subtilités.

Ainsi, Von Woelderndorff (1) abandonne l'idée de la personnalité morale du fonds. D'après lui, c'est la personnalité du commerçant qui se dédouble ; il lui suppose une *personnalité civile* et une *personnalité commerciale*. De cette dernière dépendent les créances et les dettes résultant de l'exploitation de l'entreprise. Cette personnalité commerciale peut être cédée à un tiers qui succède alors aux obligations de son vendeur. Mais en réalité cette personnalité réside bien plutôt dans le fonds lui-même que dans la personne du commerçant. Aussi cette théorie aboutit-elle en définitive aux mêmes résultats que celle qui attribue directement au fonds de commerce une personnalité juridique.

On a reproché au système de la personnalité morale du fonds de commerce de réunir dans la même conception deux qualités incompatibles. « Il le représente d'une part comme un être juridique doué de capacité

(1) *Handelsgesetzbuch*, tome 1, pages 192 et suiv.

et titulaire d'obligations actives et passives, et d'autre part comme un ensemble de biens pouvant faire l'objet de contrats ou d'actes de dispositions » (Gombeaux : *ibid.*, page 24).

Cette critique nous paraît bien subtile et nous n'apercevons pas quant à nous, en quoi il peut y avoir incompatibilité à considérer le fonds de commerce comme étant tout à la fois sujet et objet de droits. La personnalité morale est une fiction, une abstraction ; c'est elle qui est le sujet des obligations ou engagements qu'elle contracte. Mais elle n'en est pas l'objet ; l'objet de ces engagements, c'est le patrimoine qui lui est affecté.

Il faut donc distinguer le patrimoine de la personne juridique qui en est titulaire, et alors il n'y a aucune confusion théorique non plus qu'aucune incompatibilité entre les deux qualités dont il est question.

On peut ajouter que si cette objection était valable elle militerait également contre les théories de la personnalité civile appliquée aux grandes administrations qui gèrent des patrimoines et deviennent aussi titulaires de droits.

A notre avis, la plus grande objection que l'on puisse faire à ce système, c'est de battre en brèche comme nous l'avons dit le principe de l'unité de patrimoine chez le même individu, sans sauvegarder les tiers contre les fraudes rendues possibles par l'admission d'une telle dérogation à ce principe fondamental.

Enfin la fiction de la personnalité morale n'est utile que pour suppléer à l'absence de personnalité. Ce n'est pas ici le cas comme pour les fondations, les sociétés, etc. Le propriétaire du fonds de commerce existe, il jouit de la personnalité juridique dans toute sa plénitude, pourquoi créer à côté et en dehors de lui une autre personnalité qui, en définitive, ne peut résider qu'en lui.

B) Deuxième système. — Système de la patrimonialité.

Renonçant à faire intervenir la conception de la personnalité morale, d'autres auteurs ont voulu appliquer au fonds de commerce une théorie plus générale relative à la condition juridique des universalités de biens.

On considère comme inutile la fiction de la personnalité civile pour donner l'existence juridique ou légale à certains patrimoines constitués en vue d'un but déterminé, comme ceux des sociétés, des associations ou des fondations.

Cette doctrine qui a pris aussi naissance en Allemagne tend aujourd'hui à se généraliser, et en France même, certains jurisconsultes mettent résolument à l'écart la fiction de la personnalité; ils ne veulent plus voir dans le patrimoine des administrations ou des sociétés qu'une forme de la propriété collective (Planiol : tome 1^{er}, page 338, 1^{re} édition).

Tout ensemble de biens ou de valeurs réunis en vue

d'une destination commune acquiert *ipso facto* une homogénéité légale, une autonomie particulière en dehors de toute idée de personnalité morale. Et cet ensemble, cette universalité devient comme le centre et le pivot des droits et des obligations dont elle est l'objet. Du fait seul que cet assemblage de biens est affecté à un but unique, il se trouve revêtu des prérogatives de la patrimonialité. « C'est le patrimoine lui-même, vivifié par le but, le *zweck* qui est le véritable sujet de droits et qui devient titulaire des créances et des dettes ; de là le nom de *zweckvermögen* (1) donné à ces universalités » — (Gombeaux : *op. cit.*, p. 26).

L'affectation commune et distincte donnée à un tel ensemble de biens entraîne nécessairement une séparation de fait, une sorte d'isolement qui doit avoir pour corollaire une indépendance de droit caractérisée par l'existence d'un actif et d'un passif, autrement dit, cet ensemble devient un patrimoine séparé.

C'est Bekker qui, en Allemagne, a donné à cette théorie sa formule la plus nette, et il l'a appliquée au fonds de commerce (*Zweckvermögen insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften. — Zeitschrift*, tome IV).

Il a cherché son point de départ dans le droit romain. Le fonds de commerce, dit-il, est semblable au pécule de l'esclave, à la *Merx peculiaris*, qui constituait dans

(1) Traduction littéral : le pouvoir du but.

le patrimoine du *pater familias* un patrimoine secondaire et limité, affecté à une entreprise commerciale et qui répondait seul des engagements contractés par l'esclave préposé au pécule. Conformément aux principes du droit romain la personnalité de l'esclave s'effaçait devant celle du maître, ou plutôt du pécule, puisque le maître ne répondait plus de ses engagements que : *duntaxat de peculio*.

En réalité, c'était au pécule que les tiers faisaient crédit : *Merci magis quam ipsi credidit*.

Il en est de même aujourd'hui pour le fonds de commerce : quoique les créances commerciales soient acquises à son titulaire et que les dettes soient recouvrables contre lui, elles ne s'en séparent pas moins de son patrimoine et augmentent ou diminuent le patrimoine commercial.

M. Saleilles qui s'est fait en France le champion de cette théorie prétend lui trouver des racines dans l'ancien droit français. Il lui trouve une analogie dans ce fait qu'un individu pouvait par une affectation spéciale rendre un de ses biens indisponibles. Le patrimoine des sociétés possédait aussi une indépendance juridique semblable à celle qui est aujourd'hui reconnue au patrimoine individuel, sans qu'on eut cru nécessaire pour cela de faire appel à l'idée de personnalité (Saleilles : *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*).

Pour M. Saleilles, l'affectation du patrimoine com-

mercial à un but déterminé en fait une masse de biens indépendante.

La séparation complète du patrimoine commercial et du patrimoine personnel du commerçant est donc la base même de cette théorie. Bekker reprend l'idée que nous avons exposée plus haut et qui consiste à traiter le patrimoine commercial du commerçant individu, comme celui d'une Société. « Tous deux, dit-il, sont qualifiés pour avoir leurs propres dettes. » Le fonds de commerce se cède et se transmet avec les créances et les dettes qui y sont attachées. Mais et, c'est là où ce système se différencie des précédents, l'indépendance du patrimoine commercial n'est pas aussi absolue, lorsque l'entreprise est dirigée par un individu que lorsqu'elle l'est par une Société. Dans le premier cas, le patrimoine est bien rendu autonome par le but auquel il est destiné ; cependant par le fait même qu'il appartient à un individu il est englobé dans l'ensemble des biens de ce dernier.

Il est donc un patrimoine dépendant puisqu'il dérive du patrimoine personnel du commerçant, dont il a été détaché. Il en résulte qu'en cas d'insuffisance d'actif, les créanciers commerciaux ont un recours subsidiaire sur les biens personnels du commerçant.

Il va de soi que cette séparation ainsi opérée entre le patrimoine commercial et le patrimoine personnel d'un même individu ne pourrait être qu'une source d'abus et une porte ouverte à toutes les fraudes sans

une publicité soigneusement organisée. Sous cette seule réserve, M. Saleilles déclare qu'une semblable institution ne serait pas incompatible avec les principes de notre législation. « Je ne verrais, quant à moi, » dit-il, aucune objection de principe, à condition bien entendu que la masse affectée au commerce pût être indiquée par acte public, à ce qu'un commerçant pût opérer une séparation entre deux parts de son patrimoine par voie d'affectation précise et publiquement manifestée, de façon à déjouer les fraudes » (*Op. cit.*, n° 61, page 40).

En définitive ce système ne se sépare du précédent que par l'absence de personne morale et par le recours subsidiaire des créanciers contre la personne du négociant.

c) 3^e Système. — Système de l'universalité de droit.

Au fond ce système a beaucoup d'analogie avec le précédent, il considère le fonds de commerce comme un ensemble juridique dont les parties constitutives sont liées les unes aux autres et peuvent comprendre non seulement des meubles et des immeubles, mais aussi des créances et des dettes propres.

Le type de l'universalité de droit est l'hérédité.

En définitive, ce n'est pas autre chose que la théorie de la patrimonialité du fonds de commerce. Il se transmet, actif et passif, à l'acquéreur ou au successeur

absolument comme une hérédité. Cette conception est assez en faveur en Allemagne où le système de la personnalité juridique du fonds de commerce n'est pas universellement accepté. (*Ladenburg Haflet und Uebernehmerung bestehenden Handelsgeschäfts dans Zeitschfrit*, livre XXX, page 97).

Nous avons vu qu'elle avait eu aussi en France ses partisans, notamment Prudhon (*Traité des droits d'usufruit*, tome I, n° 1010 et tome II, n°s 1845 et suiv.), qui les basait sur le texte de Paprinien (loi 77, *Dig. De leg.*, § 16, livre XXXI), dont nous avons parlé.

Une question se pose à l'occasion de ce système : Les créances et le dettes sont elles nécessairement comprises dans les fonds de commerce, de sorte qu'elles se transmettent avec lui, nonobstant toute volonté contraire des parties ; ou bien ne sont-elles qu'un élément naturel du fonds susceptible d'en être détaché par une clause expresse, le silence des parties devant faire seulement présumer leur intention de transmettre à l'acquéreur l'actif et le passif avec le fonds lui-même.

Il y a controverse sur ce point entre les auteurs, les uns veulent qu'il y ait un lien indissoluble entre le fonds de commerce d'une part, son actif et son passif de l'autre, tout au moins lorsque le fonds de commerce a une *firma* ; les autres donnent aux parties la faculté de ne pas comprendre les dettes actives et passives dans la cession.

b) Critique de ces systèmes.

Tous ces systèmes que nous venons d'exposer sommairement sont repoussés par la presque unanimité des auteurs et par la jurisprudence.

Si l'on a pu, à la rigueur, sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1898, soutenir que le fonds de commerce formait un patrimoine séparé ou une universalité de droit comportant l'existence d'un actif et d'un passif propre (Magnin : Essai sur le nantissement des fonds de commerce. *Annales de droit commercial*, 1899, page 385 et suiv.), la chose paraît beaucoup plus difficile aujourd'hui.

En effet, l'article 1^{er} de la loi du 17 mars 1909, par son exigence d'établir dans la vente du fonds de commerce des prix distincts pour les éléments incorporels et pour les marchandises, et ne faisant porter le privilège du vendeur, en cas de silence des parties, que sur les éléments incorporels du fonds, paraît supposer qu'il n'y a aucun lien de droit entre ces divers éléments, et cette observation est confirmée par l'article 9 qui énumère limitativement les éléments du fonds susceptible de rentrer dans le nantissement, abstraction faite de l'actif et du passif ainsi que des marchandises.

Cependant, l'adjonction des créances et des dettes du fonds de commerce n'est pas formellement écartée par la loi. L'article premier ne mentionne les éléments incorporels seuls, que pour déterminer l'étendue du

privilège de vendeur ; mais, il ne dit pas que, même en l'absence de toute volonté exprimée par les parties à cet égard, la vente du fonds ne comprend pas les créances et les dettes.

D'autre part, si l'article 9 exclut les dettes actives et passives du nantissement, il ne s'en suit pas nécessairement qu'elles le soient de la composition du fonds ; autrement, il faudrait dire que les marchandises qui ne sont pas frappées par le droit de nantissement n'en font pas partie non plus. C'est pour d'autres raisons sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir, que ces éléments du fonds ne figurent pas parmi ceux qui font l'objet du nantissement.

Donc, même encore aujourd'hui on pourrait théoriquement soutenir que le fonds de commerce est une universalité de droit. Nous ne disons pas que cette opinion soit la nôtre mais nous prétendons seulement qu'elle n'est pas en opposition formelle avec la loi de 1909.

D'abord, rien n'empêche les contractants de convenir par une clause expresse que les créances et les dettes sont comprises dans la cession. Cette clause évidemment n'aurait d'effet *qu'inter partes*, le vendeur restant toujours tenu vis-à-vis de ses créanciers sauf pour ces derniers, la faculté d'accepter formellement ou tacitement de libérer le vendeur (article 1275 du Code civil). On pourrait donc supposer théoriquement que leur volonté est présumable.

Ensuite, si l'article 9 de la loi exclut du nantissement

les créances et les dettes, il n'a fait que confirmer sous ce rapport la jurisprudence qui s'était établie sous l'empire de la loi de 1898 (Tribunal de commerce de Flers, 13 mai 1900. Dall. : 1901, 2, 97).

Par conséquent, la loi de 1909 laisse subsister toute entière à ce point de vue, la controverse sur la notion juridique du fonds de commerce.

Sans entrer plus avant dans le vif du débat nous dirons simplement que, pour nous, ce qui s'oppose invinciblement à ce que l'on comprenne *de plein droit* les créances et les dettes commerciales dans la cession d'un fonds de commerce, c'est l'impossibilité où l'on se trouve d'obliger les créanciers à changer de débiteur sans leur consentement formel.

On a fait à cet égard des efforts prodigieux pour acclimater chez nous les théories allemandes relatives à la cession des dettes. On a voulu en faire le pendant symétrique de la cession de créances, et se lançant dans les abstractions si chères aux théoriciens allemands, on a prétendu donner au rapport de droit qui unit le créancier et le débiteur, une existence juridique indépendante de la personne de ces derniers, de sorte que le lien continuerait à subsister, en dépit des changements survenus dans la personne du créancier et du débiteur (1).

(1) Saleilles : De la cession de dettes, *Annales de Droit commercial*, IV, 1890, 34.

De telles conceptions ne nous semblent pas devoir être admises. Il n'y a aucune analogie à établir entre la cession de créances qui porte sur un droit positif et la cession de dettes qui porterait, non pas même sur le néant, mais sur quelque chose qui serait moins que le néant. Ce serait l'application de l'algèbre à la science du droit. Que de telles idées puissent se faire un chemin en Allemagne, la chose n'est pas pour nous étonner. Mais elles sont vraiment, suivant nous, incompatibles avec les principes si clairs et si logiques du Code civil français.

D'ailleurs, en Allemagne même, un des collaborateurs du nouveau Code civil, M. Bahr déclarait inconcevable l'idée de la succession à la dette « tout le système du projet, disait-il, est impossible à appliquer. Les motifs sont encore pires. Si des élucubrations aussi peu scientifiques deviennent jamais des modèles en Allemagne c'en est fait de la science du Droit ». (Gaudemet : *Du transport des dettes à titre particulier*, thèse, Paris, 1898, page 500).

Quoiqu'on dise et quoiqu'on fasse, on ne pourra jamais faire qu'un débiteur se substitue une autre personne sans l'adhésion formelle et préalable de son créancier, et alors il n'y a pas cession de dette, ce qui ne signifie absolument rien, mais il y a soit novation de l'ancienne dette par changement de débiteur, soit une stipulation pour autrui subordonnée à la libération de l'ancien obligé, soit toute autre convention déjà connue qui pourra s'adapter exactement à l'opération juridique

conclue. En un mot il y aura substitution d'une dette nouvelle à une dette ancienne.

L'intervention du créancier est nécessaire avant toute convention de reprise de dette entre l'ancien débiteur et le nouveau. Jusque là il n'y a rien et l'opération a été très spirituellement définie en ces termes par un auteur allemand, M. Otto Gierke, « l'ancien débiteur n'est plus débiteur et pourtant il a encore un créancier ; quant au reprenant (c'est-à-dire le cessionnaire) c'est un débiteur sans créancier (Gaudemet : *op. cit.*, page 501).

Disons donc pour conclure avec M. Gaudemet « qu'on ne peut assimiler l'acte des deux débiteurs successifs à un acte de disposition du droit d'autrui ».

Par conséquent, on ne voit pas comment en pratique pourrait s'opérer la transmission des dettes passives d'un fonds de commerce. Il n'y a aucun rapprochement à faire à ce sujet avec la transmission héréditaire. Dans ce cas en effet la personne du débiteur a disparu et les créanciers ne peuvent pas se plaindre que l'héritier ou le successeur prenne la place du défunt puisque sans lui ils n'auraient plus de débiteur.

Enfin l'assimilation du fonds de commerce exploité par un individu à celui qui appartient à une société n'est pas d'avantage admissible. M. Thaller a très bien exposé les raisons auxquelles se heurte une telle assimilation. Toute personne, dit-il, qui entre dans une société s'engage à respecter toutes les conditions et stipulations du contrat souscrit par lui.

Parmi ces conditions il en est deux dont l'importance est prépondérante, l'*objet* de la société, c'est-à-dire la destination à donner au capital social et la *durée* de cette même société

Chaque associé contracte donc implicitement ou non deux obligations essentielles : 1° il doit s'abstenir rigoureusement de tout acte qui tendrait à détourner les biens et valeurs de la société du but en vue duquel ils ont été groupés, à les faire servir à un intérêt particulier étranger à celui de la masse des associés ; 2° il doit respecter le *terme* de la société et laisser engagés dans l'exploitation jusqu'à la fin des biens et valeurs qu'il y a mises.

Chaque associé est donc engagé à maintenir son apport en vue de l'affectation spéciale du but de la société ; en échange, il reçoit de ses associés un apport et une promesse corrélatifs aux siens. « De l'entrecroisement de ces engagements sort la masse de valeurs ayant son existence autonome. »

La situation est tout à fait autre lorsque l'établissement commercial a été fondé et est exploité par un individu sans le concours d'associés.

Il est vrai que les biens et les valeurs qui composent cet établissement sont affectés à un but distinct des autres éléments du patrimoine de son propriétaire. Mais ce dernier ne s'est engagé vis-à-vis de personne à maintenir son capital engagé dans l'entreprise, il reste libre de détourner de leur destination commerciale les va-

leurs de son fonds de commerce, d'en employer une partie par exemple à s'acheter une maison de campagne. « Dans une exploitation individuelle, faute de contre partie, il n'intervient aucune promesse de cette nature. »

Donc l'idée de gage spécialement affecté aux créanciers commerciaux, condition nécessaire de la personnalité du fonds de commerce est absente lorsque ce fonds appartient à un individu. « Le commerçant, dit M. Thaller, qui s'obère en dehors de son négoce et fait ainsi succomber sa maison, agit inconsidérément sans doute, mais dans la liberté de sa conduite ». (*Droit commercial*, n^{os} 282 et 297).

Nous écartons donc résolument comme sans portée pratique les systèmes qui prétendent faire du fonds de commerce un patrimoine pourvu ou non de personnalité civile et transmissible activement et passivement de plein droit, sans convention expresse des parties, et même dans ce cas nous disons que la dite convention n'est pas opposable aux créanciers qui acquièrent un nouveau débiteur sans perdre l'ancien.

Il nous reste maintenant à examiner les systèmes qui ne voient dans le fonds de commerce qu'une réunion d'éléments divers dans la main de celui qui l'exploite, abstraction faite des créances et des dettes.

§ 2. — *Le fonds de commerce, universalité de fait.*

La grande majorité de la doctrine ne voit aujourd'hui dans le fonds de commerce qu'un simple assemblage d'éléments de natures différentes sans lien juridique entre eux.

Parmi ces éléments les uns sont de nature corporelle, les autres sont de nature incorporelle. La volonté des contractants peut bien les réunir pour en faire l'objet d'un contrat unique, mais rien ne les empêche de faire sur tel ou tel d'entre eux pris séparément telle transaction qui leur plaît. Chacun des éléments du fonds conserve sa nature juridique intime, absolument comme s'il était séparé.

Cette doctrine a été défendue principalement par MM. Lyon-Caen et Renault dans leur *Traité de droit commercial* (tome III, n° 239). « Sous le nom de fonds de commerce, disent-ils, on désigne un ensemble de choses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce... A raison du lien qui existe entre ces différents éléments, on peut considérer le fonds de commerce comme formant ce que les jurisconsultes appellent une universalité de fait (*universum corpus*). »

M. Thaller est encore plus radical. « Chacune des valeurs comprises dans l'exploitation, dit-il, conserve sa nature première. Le fonds de commerce n'est pas un tout ayant une économie propre ; c'est à la clientèle

seule qu'on devrait réserver cette qualification. Tous les éléments qu'on vient de voir ne sont pas homogènes. La convention des parties ne fait que réunir entre elles, pour les soumettre à une vente simultanée des valeurs qui sont en réalité de conditions différentes : ces valeurs sont seulement rendues solidaires *de fait* par des considérations d'exploitation. » (*Droit commercial*, 2^e édition, n° 86.)

M. Thaller fait donc abstraction de l'idée d'universalité de fait, sa doctrine nous paraît la plus conséquente avec elle-même. Du moment, en effet, que l'on considère le fonds de commerce comme un simple assemblage de valeurs disparates à quoi bon faire intervenir le concept d'une universalité de fait. Ce concept est assez vague, sans portée juridique et ne correspond pas absolument à l'application qu'on en fait ici. Une universalité de fait est un groupement de choses identiques ou tout au moins de choses de même nature : comme les animaux d'un troupeau, les livres d'une bibliothèque. Mais il en est tout autrement d'un fonds de commerce qui comprend des éléments incorporels et des choses corporelles.

La notion d'universalité n'a jamais été du reste, bien nettement définie ainsi que l'a fait remarquer fort justement M. Gombeaux (*Op. cit.*, page 131). Elle est effleurée dans un texte d'Alfenus au *Digeste* (loi 6, livre V, titre 1^{er}) « Neque in hoc solum evenire est, partibus commutatis, eadem res esse, existimaretur, sed

et in multis ceteris rebus. » La doctrine a toujours distingué l'*universitas juris* de l'*universitas facti* ; la première, composée d'éléments de nature différente mais réunis par la communauté d'origine ou de destination en un tout bien individualisé, et la seconde, formée d'éléments corporels tous semblables entre eux.

Or le caractère juridique de cet *universitas facti* a toujours été laissé dans l'ombre.

Peut-on dire que le fonds de commerce rentre dans cette notion ? non puisque les éléments qui le forment sont de natures différentes. A ce titre, il participerait bien plutôt du caractère de l'universalité de droit. D'autre part, MM. Lyon-Caen et Renault ne veulent pas que le fonds de commerce forme un tout juridique : un *nomen juris* et néanmoins ils reconnaissent qu'il y a un lien de fait entre les éléments qui le composent, et à ce titre, ils en font une *universitas facti* ; mais comme nous venons de le voir, et à raison de la disparité même de ces éléments, on ne peut assimiler le fonds de commerce à une *universitas facti*.

Entre des choses corporelles, le fonds de commerce comprend et principalement, des droits d'une nature particulière pour lesquels le droit moderne a créé l'expression de propriété intellectuelle. « Il y a là, dit avec raison M. Gombeaux, tout un domaine juridique ignoré des Romains, dont la classification exclusive des droits en droits réels et personnels, a joué jusque dans les temps

modernes, un rôle si décisif sur le développement du droit. (*Ibid.*, page 132). »

Il faut donc vouloir forcer la notion de l'universalité de fait pour y faire rentrer le fonds de commerce ; la dite notion supposant nécessairement l'identité de nature des éléments qui la composent. Or ce n'est pas le cas pour le fonds de commerce.

§ 3. — *Le fonds de commerce : universalité juridique.*

A) Si le fonds de commerce n'est ni une universalité de fait, ni une universalité de droit telle que l'hérédité, n'est-il alors qu'un groupement, une juxtaposition pure et simple d'objets et de valeurs hétérogènes conservant une indépendance complète, abstraction faite de toute notion d'universalité. (Thaller : *loc. cit.*, Wahl, note sous Paris, 26 février 1895, S. 97, 2, 89).

Cette doctrine qui prend le contrepied des systèmes basés sur la personnalité morale et la patrimonialité du fonds de commerce nous paraît tomber dans un excès inverse. En définitive, le groupement de ces choses corporelles et de ces valeurs incorporelles forme bel et bien un tout unique doté d'une certaine indépendance juridique et d'une existence distincte de ses parties constitutives puisqu'il est, à ce titre, susceptible de faire l'objet de contrats ou d'actes juridiques. C'est ainsi que par

la force même des choses certains arrêts ont qualifié le fonds d'universalité *juridique*, qu'il ne faut pas confondre avec l'universalité de droit puisqu'elle ne comporte pas de créances actives et passives. (Cass., 13 mars 1888, D. 88, 1, 351. — Aix, 12 mars 1878, S. 78, 2, 265). Le fonds de commerce est donc doué d'une universalité juridique qui domine ses éléments constitutifs.

Dans cette conception, il possède une condition unique et identique. Mais on est loin d'être d'accord sur la classe de biens à laquelle il appartient.

Tout d'abord est-ce un *meuble* ou un *immeuble*.

Nous savons que cette question a fait longtemps l'objet de la principale controverse relative à la nature du fonds de commerce, surtout dans l'ancien droit et le droit intermédiaire.

Elle s'était élevée dans l'hypothèse où le négociant était propriétaire de l'immeuble où était le siège de son entreprise. Elle a été tranchée dans le sens du caractère *mobilier* du fonds de commerce. Il faut toutefois noter que ce meuble d'une nature spéciale a été soumis par la loi de 1872, sous le rapport des droits d'enregistrement à des règles analogues, à celles qui régissent les transactions immobilières (articles 7, 8 et 9).

b) Est-ce un meuble *corporel* ou un meuble *incorporel* ?

Nous nous plaçons ici, bien entendu, dans l'hypothèse où le fonds de commerce est envisagé comme une

universalité d'une seule et même nature juridique, car il est bien évident que pour ceux qui n'y voient qu'un assemblage de choses et de valeurs conservant une existence juridique indépendante et séparée, la question ne peut même pas se poser.

La difficulté provient de ce que les éléments du fonds sont de différentes natures, les uns sont des meubles corporels, les autres des meubles incorporels. Quels sont ceux qui vont dominer ici la valeur de l'ensemble et lui imprimer un caractère propre.

Deux systèmes sont ici en présence et la jurisprudence a été elle-même longtemps divisée. D'après les uns, le caractère du fonds de commerce serait variable selon les circonstances. On examinerait dans chaque cas particulier quel est l'élément prépondérant. Si c'est l'élément incorporel, le fonds devra être considéré comme un meuble incorporel. Dans le cas contraire ce sera un meuble corporel (1).

Dans une autre opinion, on soutient que l'*achalandage* est l'élément essentiel du fonds de commerce ; les autres éléments, même les éléments corporels, n'en sont que l'accessoire et comme les instruments du fonctionnement de l'entreprise. Comme le fonds est un tout indivisible, il doit avoir une seule et même nature, et c'est dans tous les cas

(1) Cass., 23 mars 1836, S. 36, 1, 161 ; 27 mai 1878, S. 78, 1, 398 ; 25 juin 1895, S. 95, 1, 409. — Colmar, 30 janvier 1827. — Paris, 15 juin 1833, S. 33, 2, 339 ; 2 novembre 1898, D. 99, 2, 176.

celle de l'élément essentiel qui doit l'emporter. Donc le fonds de commerce est toujours un meuble incorporel (Riom, 30 mars 1892, D. 92, 2, 220. — Paris, 21 juillet 1892, D. 93, 2, 108 ; 24 décembre. 1896, D. 98, 2, 23) (1).

C'est principalement à l'occasion du nantissement des fonds de commerce que la controverse s'est élevée. On a tiré argument de la loi du 1^{er} mars 1898 en faveur de la nature invariablement incorporelle du fonds envisagé comme universalité juridique, en faisant remarquer que la disposition de cette loi avait été placée intentionnellement à la suite de l'article 2075 du Code civil qui traite du gage et des meubles incorporels et que telle était bien la manière de voir de M. Thézard, rapporteur de la loi au Sénat (*Journal Officiel*, 23 décembre 1897, annexe 94, page 809).

c) Nous rappellerons enfin, mais seulement pour mémoire, la controverse qui s'était élevée sur le point de savoir si le fonds de commerce était un *corps certain* ou *une chose de genre*.

Cette controverse pouvait en effet présenter un intérêt capital à une époque où l'on voyait surtout dans le fonds de commerce les marchandises neuves.

La question pratique s'était posée en cas d'usufruit constitué sur le fonds.

(1) En ce même sens : Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*

Était-ce un usufruit véritable ou un quasi usufruit? Proudhon (*op. cit.*, tome II, n° 1845 et suiv.), qui considérait le fonds de commerce comme une universalité de marchandises à vendre, en concluait que le fonds était une chose fongible dont l'usufruitier devenait propriétaire, à charge d'en restituer la valeur estimative; en outre, il déduisait de là que le fonds était un patrimoine assimilable à l'hérédité. On trouve des arrêts dans ce sens (Cass., 9 messidor an XI. — Merlin : Voir Usufruit. — Toulouse, 18 décembre 1832, S. 33, 2, 209).

C'est l'autre solution qui a triomphé par suite de la conception plus moderne du fonds de commerce dans lequel on voit, outre les marchandises neuves, un ensemble complexe d'autres éléments. « Un fonds de commerce, disent MM. Lyon-Caen et Renault (*op. cit.*, 4^e édition, tome III, n° 242) ne doit être rangé ni parmi les choses qui se consomment par le premier usage, ni parmi les choses fongibles. — Il continue de subsister comme universalité de fait (*universum corpus*) soit par le renouvellement des marchandises soit par la conservation des objets tels que le matériel, les instruments de fabrication qui ne sont pas destinés à être vendus. On peut donc dire en employant le langage technique du Droit, qu'un fonds de commerce est un corps certain. On a conclu notamment de là que lorsqu'un usufruit est établi sur un fonds de commerce, à moins que le contraire ne résulte de la volonté expri-

mée par les parties ou des circonstances, il n'y a pas un quasi usufruit, mais un usufruit véritable, de telle façon que l'usufruitier ne devient pas propriétaire par application de l'article 587 du Code civil ».

Nous adopterons aussi cette solution, en ce qui concerne l'usufruit du fonds, en faisant toutefois remarquer ce qu'a encore de forcé cette assimilation du fonds de commerce à un *corps certain*. Le fonds de commerce comprend des éléments incorporels que certains considèrent même comme essentiels, donc il n'est pas un *corps certain*. C'est un nouveau cas où le fonds de commerce ne peut rentrer dans les classifications traditionnelles du droit.

Nous avons ainsi passé en revue les différents systèmes proposés sur la nature juridique du fonds de commerce ; lequel adopterons-nous ?

Avant de prendre un parti, il nous paraît utile de chercher dans la loi de 1909 les éléments d'une doctrine reposant sur des données positives. En effet, au point de vue purement théorique, il est assez satisfaisant en raison, de considérer le fonds de commerce comme un patrimoine indépendant. Mais nous ne sommes pas ici dans le domaine de la philosophie du droit et nous avons à faire œuvre de jurisconsultes ; or, le système du fonds de commerce, patrimoine ou universalité de droit, ne correspond ni à la réalité des faits économiques ni aux textes relatifs à la matière.

Non seulement ce n'est pas un patrimoine, mais ce n'est pas non plus une universalité de nature homogène. Nous allons le constater d'une façon plus précise dans l'étude que nous allons faire du nantissement du fonds de commerce. Tant que la jurisprudence et le législateur se sont cantonnés dans la conception exclusive de l'universalité de nature homogène, elles se sont heurtées à des difficultés d'ordre pratique insurmontables.

La loi de 1909 a renoncé définitivement aux errements de la jurisprudence et abandonnant le procédé synthétique des tribunaux civils, s'est engagée définitivement dans la voie analytique, la seule qui puisse conduire à des solutions s'adaptant exactement aux cas divers dans lesquels fonctionne le nantissement du fonds de commerce.

DEUXIÈME PARTIE

DU NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

CHAPITRE I^{er}

DU NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE ANTÉRIEUREMENT A LA LOI DU 17 MARS 1909

Jusqu'au milieu du siècle dernier, les conditions même où s'effectuait le commerce rendaient impossible la mise en gage des éléments constituant le fonds de commerce.

Dans le cercle restreint où évoluait le commerçant, donner un fonds en nantissement à un créancier eut été la révélation d'une gêne manifeste susceptible de tuer le crédit plutôt que de le favoriser. Le fonds de commerce en dehors du matériel et des marchandises avait en outre trop peu de valeur pour que l'on songeât à le donner en gage. Le créancier avait d'ailleurs un moyen sérieux pour obtenir le paiement de sa créance : la contrainte par corps dont les effets en matière commerciale étaient beaucoup plus efficaces qu'en matière civile. Du jour où cette contrainte fut supprimée, l'utilité d'une sûreté réelle se fit sentir, le petit commerçant ne possédant pas, le plus souvent, de sûreté personnelle.

A la même époque, le cercle des affaires s'élargissait ; la notion du crédit se transformait et la fortune mobilière prenait une extension que n'avait pas pressentie le législateur au début du siècle dernier. Le dédain des rédacteurs du Code civil, pour la valeur mobilière apparaît en effet dans maints endroits, notamment dans le système adopté pour l'établissement du crédit privé. En matière immobilière, l'organisation du régime hypothécaire permet à un propriétaire foncier de trouver du crédit en affectant tout ou partie de ses biens à la garantie de sa dette, en matière mobilière au contraire, le créancier ne peut avoir recours qu'à un moyen primitif : le gage.

A la différence de l'hypothèque qui confère une sûreté au créancier, sans dessaisir le débiteur, le gage n'est parfait que par la prestation ou la livraison de la chose : c'est là une condition essentielle. Le droit romain présentait sous ce rapport un avantage sur notre droit. A Rome, l'hypothèque était un droit réel sur un bien meuble ou immeuble affecté à l'acquittement d'une obligation ; toute autre chose susceptible d'être vendue était par cela même susceptible d'être hypothéquée, l'hypothèque n'impliquant en aucun cas la dépossession du débiteur.

Le Code, d'accord en cela avec la majorité de nos anciennes coutumes, ne fait porter l'hypothèque que sur les seuls immeubles. L'article 2119, en déclarant que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, trouve

sa justification dans ce fait que les meubles en général n'ont pas une assiette assez stable pour que l'hypothèque qui serait susceptible de les frapper soit profitable au crédit, et pour qu'il soit possible d'organiser un système de publicité suffisante.

Cependant il est des meubles qui, par leur nature se rapprochent très sensiblement des immeubles et pour lesquels on a pu trouver un point d'appui suffisant pour servir de centre à la publicité de l'hypothèque (1); meubles dont la destination économique s'oppose à une dépossession du débiteur exigée par l'ancien droit : par exemple, les navires, les récoltes, les fonds de commerce. La législation par un retour au passé autorise l'hypothèque sur ses meubles, mais en l'établissant d'après des principes différents de ceux du droit romain.

La loi du 10 décembre 1874 est la première qui ait autorisé et réglementé l'hypothèque des navires. (Il a été depuis question, à plusieurs reprises, d'admettre l'hypothèque sur les bâtiments de rivière) puis la loi du 18 juillet 1898, remplacée par celle du 30 avril 1906 sur les warants agricoles a permis de donner en gage certains produits agricoles sans les remettre entre les mains du créancier. Enfin la loi du 1^{er} mars 1898 est venue consacrer le nantissement des fonds de commerce sans la mise en possession du créancier gagiste.

(1) Planiol : *Droit civil*, II, n° 2787.

Ces diverses lois établissent un droit de préférence et créent un gage spécial, un gage sans détachement de la possession qui présente la plus grande analogie avec l'hypothèque immobilière. Pour permettre aux propriétaires de ces meubles de les utiliser comme instruments de crédit, on remplace l'ancien mode de publicité du gage résultant de la mise en possession du créancier, par une inscription rendue publique, analogue à celle de l'hypothèque qui conserve le privilège vis-à-vis des tiers.

Au point de vue du gage, le Code civil avait en effet laissé sans réglementation, sauf toutefois pour le droit de créance, tous ces droits incorporels qui constituent une partie importante du patrimoine. Aussi des controverses et des difficultés s'élevaient-elles au sujet de la constitution du gage sur les brevets d'invention, sur la propriété artistique et littéraire, sur les titres au porteur, mais jamais ces controverses ne furent aussi nombreuses qu'en ce qui concerne le nantissement des fonds de commerce, considérés dans leur universalité comme des droits incorporels.

Le fonds de commerce étant un meuble incorporel pouvait en l'absence même d'un texte de loi faire l'objet d'un nantissement : dans ses termes généraux l'article 2075 du Code civil autorise en effet un droit de gage sur tous les meubles incorporels, mais les rédacteurs de cet article n'avaient pas prévu les nombreuses modalités sous lesquelles ces droits étaient susceptibles de se

présenter. « Modalités qui se prêtaient mal, le plus souvent, à l'application d'une garantie calquée sur celle que cet article exige à l'occasion des créances mobilières (1) ».

Si, en principe, la dation en nantissement d'un fonds de commerce apparaissait comme possible même avant la loi du 1^{er} mars 1898, les formalités nécessaires pour la validité de ce nantissement n'ayant pas été déterminées par le législateur soulevaient de telles difficultés que plusieurs tribunaux de commerce avaient déclaré impossible la dite dation en nantissement, parce que l'on ne pouvait pas remplir les conditions exigées par la loi pour l'efficacité d'un gage de cette nature.

L'objection n'était pas sans force. « *Dans tous les cas* dit l'article 2076, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. » Cette mise en possession du créancier nécessaire pour la perfection du contrat puise sa raison d'être dans l'intérêt que les tiers ont à être avertis de l'existence du privilège.

Or la mise en possession du créancier auquel un fonds de commerce est donné en nantissement est, en pratique, irréalisable ; le débiteur ne pouvant, dans cette hypothèse, continuer son exploitation.

(1) Magnier et Pruvost : *Du nantissement sur le fonds de commerce*, page 9.

S'il emprunte, c'est précisément afin de pouvoir continuer à faire face à ses affaires et il ne saurait consentir à remettre son fonds à des mains inhabiles. D'ailleurs, le plus souvent le créancier lui-même se refuserait à le gérer aux lieu et place de son débiteur.

Aussi la jurisprudence avait-elle essayé dans le silence de la loi de résoudre la difficulté en donnant aux commerçants les moyens pratiques de se procurer un crédit suffisant tout en continuant à diriger leur maison. La Cour de cassation dans son arrêt du 13 mars 1888 (S. 88, 1, 302) qui est resté capital en la matière, reconnaissait au fonds de commerce le caractère de droit incorporel, susceptible par suite de faire l'objet d'un nantissement et subordonnait la validité de ce nantissement à une double condition : 1° que le créancier gagiste ait signifié l'acte de nantissement au débiteur de la chose engagée ; 2° que celui qui constitue le gage ait remis au créancier gagiste le titre établissant son droit sur la chose engagée.

Des considérants de l'arrêt, ressortait ce principe qu'un fonds de commerce peut être considéré comme une universalité composée de deux éléments distincts : l'élément incorporel et l'élément matériel ; et que suivant l'importance d'un de ces deux éléments dans le fonds de commerce, la mise en gage était soumise ou aux formalités du nantissement des meubles incorporels (comme dans l'espèce jugée) ou à celles du nantissement des meubles corporels.

La jurisprudence des cours d'appel interprète l'arrêt de la Cour de cassation sans les restrictions que celle-ci avait cru devoir formuler (1). Les différentes décisions qui intervinrent reconnurent hardiment, *dans tous les cas*, au fonds de commerce le caractère d'un meuble incorporel comprenant comme éléments essentiels primordiaux : l'achalandage ou droit à la clientèle, le droit au bail, la marque de fabrique et l'enseigne, — l'installation matérielle et les marchandises n'étant que les accessoires de ces divers droits. Du moment que l'on reconnaissait au fonds de commerce le caractère incorporel, aucune dépossession n'était nécessaire. Le gage sans dessaisissement effectif, telle fut la solution à laquelle on aboutit.

Si les arrêts variaient dans les formalités à exiger pour la validité du nantissement, les uns admettant que le créancier gagiste se fit remettre l'ampliation du bail (2), les autres réclamant du débiteur la remise du titre d'acquisition du fonds de commerce (3), les autres enfin la remise à la fois du bail et du titre d'acquisition avec signification au bailleur (4) : aucun d'entre eux ne réclamait la mise en possession du créancier nanti, ni une signification pour les marchandises et le matériel. Dans

(1) Voir Magnier et Pruvost (*loc. cit.*, pages 32 et suiv.).

(2) Paris, 26 février 1895, S. 97, 2, 92.

(3) Paris, 21 juillet 1892, D. 93, 2, 108.

(4) Tribunal civil de la Seine, 15 janvier 1895, S. 97, 2, 96. — Lyon, 14 mars 1895, S. 99, 2, 94. — Paris, 22 octobre 1896, D. 97, 2, 243.

les cas tout à fait exceptionnels où l'élément matériel était prépondérant, le dessaisissement s'imposait ; on ne cite guère qu'un arrêt en ce sens (1).

Cette jurisprudence qui comblait il est vrai une lacune de la loi, soulevait de très graves objections. Elle créait un dessaisissement fictif alors que l'article 2076 du Code civil exige une mise en possession réelle qu'on ne saurait remplacer sans y être autorisé par un texte de loi. De plus elle mettait les tiers dans l'impossibilité de savoir si le fonds était ou non grevé.

Pour que la solution qui prévalut dans les arrêts de cours d'appel fût en dehors de toute critique il eût fallu considérer les fonds de commerce comme des valeurs purement incorporelles. Or on ne pouvait ranger dans ces valeurs les marchandises, l'outillage et le mobilier commercial qui sont cependant des éléments importants d'un fonds de commerce. D'un autre côté, il était difficile de considérer dans tous les cas ces éléments comme accessoires des éléments incorporels et de ne voir dans la réunion de l'ensemble des éléments qu'un tout immatériel.

L'insécurité du système admis par les cours d'appel, l'insuffisance des formalités avaient frappé les tribunaux de commerce qui étaient arrivés à déclarer l'impossibilité de gager un fonds de commerce ou, ce qui aboutissait au même résultat, à exiger que le créancier

(1) Paris, 7 novembre 1898. — *Gazette du Palais*, 78, 2, 603.

gagiste fut mis à la tête de l'exploitation commerciale (1).

En pure doctrine la manière de voir des tribunaux de commerce était la seule vraie. La Cour de Paris était d'ailleurs revenu par un arrêt du 7 novembre 1898 (*Gazette du Palais*, 1898, 2, 603) sur l'esprit de la jurisprudence antérieure, en décidant que si les meubles corporels faisant partie d'un fonds de commerce, en constituaient la partie essentielle, la notification du nantissement au propriétaire était insuffisante pour en assurer la validité et que, par suite, le contrat était nul, si le créancier n'avait pas été mis en possession de l'objet du gage constitué.

C'est le danger résultant de la dissimulation du nantissement par suite du défaut de dessaisissement matériel qui constitue pour les tribunaux de commerce l'argument décisif. Ils invoquent dans leurs considérants non seulement les dispositions des articles 2075 et 2076 du Code civil. Mais encore celles des articles 91 et 92 du Code de commerce qui prescrivent impérativement pour la conservation du privilège résultant d'un contrat de gage (que le gage s'applique à des meubles corporels où à des meubles incorporels), la tradition matérielle aux mains du créancier gagiste de l'objet cédé à titre de gage. Ils déclarent que ces principes doivent s'appliquer au fonds de commerce, la fiction

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 24 août 1893, S. 97, 2, 90 ; 4 avril 1894, S. 97, 2, 95 ; 26 février, S. 97, 2, 96.

juridique qui assimile un fonds de commerce à un droit incorporel ne pouvant empêcher que ce fonds ne soit inséparable des éléments matériels qui font connaître son existence aux tiers.

La jurisprudence des cours d'appel et celle des tribunaux consulaires avaient toutes deux des résultats fâcheux.

L'une admettait le gage sans publicité réelle et sacrifiait aussi les droits des tiers. L'autre enlevait aux commerçants la faculté d'utiliser un important instrument de crédit. Cette divergence de vues tenait surtout à ce que les tribunaux civils continuaient à voir dans le fonds de commerce un tout d'une seule et même nature juridique, alors que les tribunaux de commerce au contraire traitaient les éléments de ce fonds suivant la nature juridique de chacun d'eux.

Il était donc nécessaire de rendre possible la constitution en gage d'un fonds de commerce, tout en donnant aux tiers le moyen d'apprendre qu'un commerçant demeuré en apparence possesseur de fait des divers objets mobiliers constituant son patrimoine, pouvait avoir donné en gage tout ou partie des valeurs composant son fonds de commerce ; tel fut l'objet de la loi du 1^{er} mars 1898 qui consacra la validité de ce nantissement en soumettant le gage à une formalité spéciale destinée à lui donner une publicité effective. Dans ce but, à l'article 2075 du Code civil, avait été ajouté un deuxième alinéa ainsi conçu : « Tout nantissement d'un

fonds de commerce devra à peine de nullité vis-à-vis des tiers être inscrit sur un registre public, tenu au greffe du tribunal de commerce, dans le ressort duquel le fonds est exploité. »

La loi nouvelle envisageait ainsi le fonds de commerce comme une *universalité juridique*.

L'expression se trouve dans le rapport de M. Thézard au Sénat et dans maintes décisions judiciaires subséquentes, comprenant, sans qu'il y ait lieu de les distinguer pour le nantissement, des éléments incorporels et des éléments mobiliers. Universalité juridique toute spéciale, puisqu'elle était exclusive des créances appartenant au débiteur et que rien n'impliquait chez le législateur l'intention d'apporter une dérogation à l'unité de patrimoine.

Le nantissement atteignant le fonds de commerce envisagé comme universalité, aucune énumération des divers éléments affectés au gage des créanciers n'est nécessaire. Ils sont tous également frappés. D'autre part où l'on admet que, d'une façon générale, l'appellation de fonds de commerce comprend divers éléments dont les principaux sont l'achalandage, le droit au bail, le matériel et les marchandises, il serait excessif d'en conclure que le fonds de commerce ainsi compris constitue une véritable entité juridique dont les éléments constitutifs sont indissolublement liés entre eux (1).

(1) Tribunal de la Seine, 10 janvier 1906. — *Gazette des tribunaux*, 22 mai 1906.

L'indivisibilité apportée par la loi repose sur une intention présumée des parties contractantes, mais il leur est toujours loisible de faire une convention contraire, de restreindre le nantissement à certains éléments à la condition de bien spécifier ceux qui en sont exclus.

La loi avait eu pour principal objet, en faisant cesser un conflit parvenu à l'état aigu entre la jurisprudence des tribunaux consulaires et celle des cours d'appel, de donner au commerce des garanties qu'il était en droit de réclamer (1). Parvint-elle à remplir ce but ? Il est permis d'en douter. Sans parler des difficultés nombreuses qu'elle n'avait pas résolues, elle fit naître sur le seul point qu'elle s'était proposé de réglementer, la publicité du nantissement vis-à-vis des tiers, des divergences assez profondes.

Certains auteurs partageant les avis des tribunaux de commerce avaient soutenu que la loi du 1^{er} mars 1898 ne pouvait avoir modifié les principes posés par le Code en matière de gage et que la mise en possession du créancier gagiste devait s'effectuer pour la validité du gage. L'article 2075 du Code civil avait bien été complété par un deuxième alinéa, concernant le nantissement du fonds de commerce ; mais l'article 2076 du Code civil n'avait subi aucune modification. Or, cet article stipule que *dans tous les cas* le créancier ga-

(1) Rapport Millerand, Ch. des députés. *Documents parlementaires*, 1898, ann. n° 2771, page 93.

giste doit être mis en possession. Ne devait-il pas s'ensuivre que ses dispositions se réfèrent à toutes les diverses hypothèses prévues dans l'article précédent et notamment à la mise en gage des fonds de commerce (1).

C'était la même argumentation qu'antérieurement à la loi de 1898. Sans aller jusque là, plusieurs arrêts et jugements avaient admis que l'inscription du privilège du créancier gagiste ne devait pas rendre inutile la signification de l'acte de bail au bailleur, telle qu'elle se pratiquait également avant le vote de la loi (2). Mais la jurisprudence de la Cour de cassation s'appuyant sur les travaux préparatoires de la loi avait décidé que cette signification serait superflue et que son inutilité résultait d'une modification apportée au texte primitif.

Les mots « en outre » figuraient en tête de la disposition nouvelle et impliquaient qu'il fallait pour le nantissement d'un fonds de commerce remplir tout d'abord les formalités de l'article 2075, § 1^{er}, puis celles du § 2 ; ces mots furent effacés, ce qui tendait à prouver que l'inscription prescrite était suffisante (3).

(1) Paris, 23 mars 1900, 3, 01, 2, 153. — Tribunal de commerce de la Seine, 29 mars 1901, D. 01, 21, 102. — Tribunal correctionnel de Chalon-sur-Saône, 11 décembre 1900, D. 01, 2, 109.

(2) Paris 4^{er} août 1900, 3, 01, 2, 153. — Tribunal de commerce de la Seine, 29 mars 1900, D. 01, 2, 102.

(3) Cassation, 5 janvier 1904, D. 1904, 1, 47. — Rouen, 8 juillet 1903, S. 1905, 2, 153.

Par la suppression des mots « en outre », disait dans son rapport

D'ailleurs, l'esprit de la loi était bien précis. Les divers moyens auxquels la jurisprudence avait eu recours pour assurer la validité d'un nantissement commercial ne réalisaient, comme nous l'avons vu, qu'une publicité insuffisante à l'égard des tiers et l'inscription de privilège prescrite par le législateur de 1898 devait atteindre le but proposé, sans même que l'on eut à user des moyens de l'article 2076. La nouvelle réglementation consacrait ainsi l'hypothèque du fonds de commerce (1).

Non seulement la disposition unique de la loi de 1898 ne fit pas disparaître complètement les anciennes controverses, mais son laconisme en fit encore naître de nouvelles.

La loi notamment n'avait fixé aucun délai pour l'inscription sur le registre spécial, le législateur avait pensé en effet qu'il n'était pas nécessaire d'en fixer un, le créancier gagiste ayant tout intérêt à hâter l'accomplissement d'une formalité qui lui permit d'opposer son

au Sénat, M Thézard, nous faisons de la publicité une condition indispensable et qui se suffit à elle-même en matière de nantissement de fonds de commerce. Nous avons d'ailleurs montré par avance le caractère illusoire de la signification à faire au propriétaire locateur, elle n'ajoute rien à la sauvegarde des intérêts qu'il s'agit de protéger. La portée de la disposition nouvelle va plus loin ; elle supprime aussi nécessairement, en matière de nantissement de fonds de commerce, l'application de l'article 2076 du Code civil, c'est-à-dire la mise en possession du créancier ou d'un tiers.

(1) Planiol : *Droit civil*, II, n° 2709. — Baudry-Lacantinerie et de Lognes : *Privilèges*, 1, n° 81.

privilège aux tiers ayant acquis antérieurement des droits sur le fonds. On concluait généralement du silence du législateur sur ce point que l'inscription pouvant être opérée à toute époque pourvu toutefois qu'elle fût prise avant que le débiteur fut dessaisi de l'administration de son patrimoine (1).

Les tribunaux en vertu de l'article 448, 2° du Code de commerce, avaient le droit de l'annuler lorsqu'elle avait été prise dans les dix jours précédant la cessation des paiements (2).

Le législateur s'était borné en outre à poser le principe de l'inscription sans se prononcer sur les diverses formalités qu'elle devait entraîner. Il en résultait des façons de procéder variant suivant les tribunaux de commerce.

Ce n'étaient pas d'ailleurs les seules questions que soulevait la loi de 1898. Dans un rapport présenté en 1903 à la Société d'Etudes législatives, M. Percerou, professeur à la Faculté de droit de Dijon, les résumait brièvement (3). Parmi ces questions il en était que la jurisprudence n'avait pas tranchées, d'autres qu'elle avait résolues dans des sens différents, en un mot suivant l'expression de M. Thaller, on se trouvait en présence d'une véritable anarchie.

(1) Rennes, 26 juin 1902, D. 03, 2, 169.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 30 mars 1903. — *Gazette des Tribunaux*, 11 septembre 1903.

(3) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1903, page 247.

A la faveur précisément de cette anarchie, la question même de l'opportunité du nantissement avait été à nouveau soulevée.

Les adversaires du nantissement du fonds de commerce s'appuyaient pour le combattre sur deux arguments principaux. En permettant de donner en gage le fonds de commerce, on crée, disaient-ils, au profit d'un créancier un privilège qui peut avoir pour effet d'englober tout le patrimoine du débiteur. « Le fonds de commerce disait M. Boistel à la Société d'Etudes législatives (1), c'est le gagne pain du débiteur... Si vous autorisez son nantissement vous mettez entre les mains du créancier gagiste non seulement les cordons de la bourse commune, mais encore le fatal lacet qui lui permettra d'étrangler à la fois le débiteur et tous les autres créanciers. Sans doute un créancier ordinaire peut vendre l'objet donné en gage et exclure de son prix tous les autres créanciers, mais, il ne leur enlève qu'une valeur déterminée et restreinte, tandis que si le créancier vend le fond de commerce, il tue la poule aux œufs d'or ; il réalise pour tout le monde, sauf pour lui-même, un désastre irréparable. »

De plus, ajoutait-on, du moment que vous permettez à un commerçant de rester à la tête de son exploitation alors que les règles strictes du droit l'obligeraient à s'en dessaisir, vous rendez le gage occulte, l'inscrip-

(1) *Loco citato*, pages 368 et suiv.

tion au greffe n'est pas suffisante et la rapidité avec laquelle se traite le plus souvent les affaires ne permet pas d'aller s'y renseigner pour savoir s'il existe ou non un nantissement sur le fonds.

Ces objections qui furent celles de bon nombre de chambres de commerce ne sont pas sans valeur mais il est possible d'y répondre.

Tous les titres composant le patrimoine d'un individu, meubles ou immeubles, peuvent faire l'objet d'un gage. De quel droit interdirait-on à un commerçant la faculté de nantir un de ses biens ! Pourquoi lui enlèverait-on la ressource de recourir à un mode de crédit susceptible peut-être de le sauver d'une situation difficile. Les faits d'ailleurs ne sont ils pas là pour montrer que le nombre de ces nantissemments a sans cesse été en augmentant. Des abus peuvent se produire, c'est certain. Mais les créanciers lésés ont toujours le bénéfice des articles 446 et suivants du Code de commerce, et celui de l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil.

L'addition faite à l'article 2075 n'avait donc nullement atteint le but qu'on s'était proposé. La loi de 1898 était plus un expédient qu'un remède, elle fut constamment battue en brèche par ceux-là mêmes qui avaient mission de l'appliquer. Un certain nombre de tribunaux de commerce, par l'organe de leur président, et de chambres de commerce, réclamèrent sinon son abrogation, du moins une modification en vue de faire disparaître

ses nombreuses imperfections. Dans son discours d'installation de 1902, M. le Président du tribunal de commerce de la Seine appelait l'attention du Garde des Sceaux sur l'utilité que retirerait le commerce d'une loi précise mettant fin aux obstacles de nature à paralyser les heureux effets du nantissement commercial.

A plusieurs reprises, et notamment le 2 mars 1904, la Chambre de commerce de Paris émit le vœu que le Parlement s'inspirât des conditions spéciales dans lesquelles le commerce doit s'exercer, et qu'il tint compte des considérations qu'elle lui présentait en un exposé très intéressant.

Divers projets de lois furent élaborés ; le premier fut déposé par le Gouvernement en 1899, il organisait un système de publicité analogue à celui existant en matière hypothécaire, mais il ne tranchait pas les difficultés soulevées au sujet de l'étendue du nantissement et du privilège du créancier gagiste. Le projet déposé par M. Authier en 1902 comblait en partie ces lacunes ; il ne vint jamais en discussion. Enfin la Société d'études législatives, présidée par M. Thaller, elabora un projet qui contenait une organisation détaillée du nantissement du fonds de commerce. La proposition déposée par M. Cordelet, sénateur, en 1905, s'en rapprochait sur un certain nombre de points.

Cette proposition, à peine discutée à la Chambre et au Sénat, devint la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce.

En ce qui concerne ce dernier point, la loi souligne, encore plus que ne l'avait fait la loi de 1898, le caractère d'hypothèque mobilière donné au nantissement ; elle consacre le droit de préférence du créancier gagiste, ainsi que le droit de suite qui lui avaient été contestés ; elle détermine son rang et organise la purge des différents privilèges inscrits sur le fonds. Elle énumère avec précision ceux des éléments du fonds de commerce qui peuvent être compris dans le nantissement et fait disparaître la plupart des controverses que faisait naître le laconisme de la loi de 1898 sur l'inscription de privilège et ses modalités.

C'est vraiment sur les dispositions de cette loi qu'il est permis de « fonder les plus belles espérances », comme à tort on avait employé cette formule pour la loi de 1898.

Elle est de nature à donner satisfaction aux légitimes doléances du commerce et de remédier à une situation que tous s'accordaient à trouver des plus fâcheuses, puisqu'elle laissait la porte ouverte à la fraude et à la mauvaise foi.

Nous n'étudierons de cette loi que les deux points qui se réfèrent le plus directement à notre sujet : l'étendue du nantissement et ses principaux effets.

CHAPITRE II

ÉTENDUE DU NANTISSEMENT

Le nantissement porte sur le fonds de commerce envisagé comme un assemblage d'éléments divers.

Aucun doute n'est plus possible aujourd'hui, le législateur ayant pris soin d'indiquer exactement les éléments sur lesquels portait ce nantissement, en excluant par là même ceux qui lui paraissaient ne pas devoir être compris dans le gage.

La détermination du nantissement est, en effet, une chose très importante. Il convient que le créancier connaisse l'étendue de son privilège, surtout pour le moment où il aura à l'exercer.

Sur ce point, la loi de 1898 était restée muette ; on pouvait en conclure que les différents éléments du fonds étaient tous frappés, à moins toutefois que les parties aient eu le soin d'en exclure formellement quelques-uns.

La plupart des actes de nantissement contenaient généralement l'énumération des valeurs que les contractants entendaient y soumettre, et le nantissement

portait sur tous les objets énumérés dans cet acte, à la condition, bien entendu, qu'ils fissent partie du fonds de commerce. Mais que devait-on décider en l'absence d'une volonté clairement exprimée ?

Les auteurs et la jurisprudence civile décidaient que tous les éléments constitutifs de l'exploitation étaient engagés par suite de la formalité de l'inscription.

Comme le disait la Cour de Dijon dans un arrêt du 27 mars 1902 (D. 1903, 2, 169), on ne pouvait déduire de la loi de 1898 l'exigence de la mention des différents éléments constitutifs du fonds sur lequel portait le privilège. En effet, la loi de 1898 n'a pas transporté en cette matière les formes prescrites par le Code civil pour les inscriptions d'hypothèque. Cette exigence, en outre, ne se comprendrait pas.

Le débiteur qui constitue un nantissement sur son fonds de commerce n'engage pas séparément les différents éléments constitutifs de ce dernier.

C'est en réalité le *tout* constitué par la réunion de ces divers éléments qu'il affecte *in globo* à la sûreté du gagiste ; l'indication de ce tout, qui constitue le fonds suffit dès lors dans l'inscription.

Au contraire, la jurisprudence consulaire entendait restreindre l'hypothèque des fonds de commerce aux seuls éléments incorporels, le fonds de commerce ayant selon cette jurisprudence une personnalité indépendante des objets corporels que le fonds peut contenir.

Si sérieuses qu'aient pu être les raisons d'ordre pratique sur lesquelles s'appuyaient les jugements des tribunaux de commerce, les travaux préparatoires de la loi de 1898 donnaient un démenti à une semblable conception. En effet le rapporteur de cette loi au Sénat définissait le fonds de commerce « l'ensemble des éléments qui constituent à l'égard des tiers la personnalité d'un établissement commercial ou industriel et servant à son exploitation ». Or tout objet mobilier ayant le caractère d'un instrument d'exploitation devait par cela même être atteint par la loi.

L'article 9 de la loi du 17 mars 1909 énumère limitativement les éléments du fonds de commerce qui peuvent être compris dans le nantissement de ce fonds. Ces éléments sont les suivants : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, licences, marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles industriels et généralement les droits de propriété, industrielle, littéraire ou artistique, attachés au fonds.

En vue d'obliger les parties à bien préciser ceux des éléments qu'elles entendent comprendre dans l'acte constitutif du nantissement, l'article 9 dispose que si le fonds est donné en gage sans désignation expresse des éléments, le nantissement ne portera que sur certains éléments incorporels : enseigne et nom commercial,

droit au bail, clientèle et achalandage. En sont donc exclus les éléments corporels : mobilier, matériel, outillage ; et parmi les éléments incorporels : les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique.

Cette précision du législateur se justifie pleinement.

Dans son titre 1^{er}, la loi de 1909 ne définit pas le fonds de commerce au point de vue de la vente ; elle laisse les parties libres de résoudre la question de savoir ce qui doit être ou non compris dans la vente.

En matière de nantissement au contraire rien n'est laissé à l'interprétation. Il importe en effet, aussi bien dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt du créancier gagiste, qu'un doute ne subsiste pas sur ce qui fait l'objet du nantissement et par suite sur l'étendue et les limites du privilège.

Si les parties sont libres de comprendre soit tous les éléments énumérés par la loi soit quelques-uns d'entre eux seulement, il faut toutefois dans cette dernière hypothèse que ces éléments constituent un véritable fonds de commerce : on ne saurait admettre que pour échapper au droit commun, un débiteur, avec le consentement de son créancier, lui donnât un gage à titre de nantissement de fonds de commerce un ou deux éléments de ce fonds insuffisants à eux seuls pour représenter le fonds de commerce.

§ 1^{er}. — *Éléments incorporels.*

Les éléments incorporels, achalandage ou clientèle, droit au bail, enseigne, nom commercial, brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce ne soulèvent guère de discussion, et de l'avis général un nantissement de fonds de commerce doit normalement les comprendre.

L'achalandage nous l'avons vu constituer à lui seul l'essence du fonds de commerce, c'est l'élément incorporel le plus important. Pourrait-on constituer un nantissement exclusivement sur l'achalandage d'un établissement commercial ?

Bien que de nature à se présenter rarement en pratique l'hypothèse n'en est pas moins vraisemblable, certains fonds de commerce se réduisant à un simple achalandage.

Nous répondons sans hésiter par l'affirmative ; cet élément tombe sous l'application de la loi sans qu'il soit nécessaire d'y joindre d'autres objets.

Au contraire, un commerçant voudrait-il engager simplement son droit au bail ? Il devrait alors signifier au bailleur le nantissement, car il n'y a pas ici de fonds de commerce engagé, mais un de ses éléments, et nous rentrons dans les règles ordinaires du droit commun.

C'est avec raison que l'on a assimilé les différents

éléments du fonds de commerce (à l'exception toutefois de l'achalandage) à des immeubles par destination englobés dans l'hypothèque constitué sur l'immeuble, mais qui, pris séparément, ne sont pas susceptibles d'hypothèques et peuvent seulement faire l'objet d'un gage (1).

Le nantissement portant sur un fonds de commerce dans lequel figure des brevets d'invention, marques de fabrique et autres droits de propriété littéraire ou artistique ne doit pas seulement être constaté au tribunal de commerce, il doit l'être encore à l'office national de la propriété industrielle (loi de 1909, art. 24). C'est la réalisation d'un vœu émis par la Chambre de commerce de Paris.

Mais cette double inscription est suffisante et il n'est pas nécessaire que le titre constatant le nantissement fût remis au créancier gagiste.

D'ailleurs la mise en gage d'un brevet n'implique pas pour le créancier le droit de l'exploiter ; le breveté seul continue à avoir le droit d'en disposer.

Les différents éléments incorporels du fonds de commerce doivent être expressément compris dans l'acte de constitution. Ceux qui viendraient à rentrer dans le fonds de commerce postérieurement à l'acte de nantissement ne seraient pas compris dans le gage du créancier nanti. Toutefois lorsqu'un brevet d'invention aura été mentionné par les parties dans le nantissement,

(1) Lyon-Caen et Renault : *Droit commercial*, VI, nos 1622-1626.

le certificat d'addition postérieur au nantissement qui comprend le brevet auquel il s'applique, suivra le sort de ce brevet et fera partie, comme lui, du gage constitué (art. 9, § 2, loi du 3 juillet 1844, art. 22, § 1).

§ 2. — *Éléments corporels.*

L'article 9 de la loi admet à côté des éléments, le mobilier commercial, le matériel et l'outillage du fonds. « Les inconvénients qui ont fait exclure les marchandises, disait le rapporteur de la loi au Sénat (1), ne semblent pas exister ici au même degré. Le matériel est un élément fixe et stable du fonds; il n'est pas destiné à être vendu et n'est pas par cela même soumis comme les marchandises à un renouvellement incessant. »

La doctrine et la jurisprudence, même celles qui étaient hostiles au nantissement des marchandises se prononçaient d'ailleurs en ce sens avant la loi de 1909. Les Cours d'appel décidaient en général que le matériel étant un élément d'exploitation du fonds devait être compris *de plano* dans le nantissement (2).

Les tribunaux de commerce qui, à la différence des marchandises, consentent à comprendre le matériel

(1) Rapport Cordelet, page 23.

(2) Poitiers, 1^{er} juillet 1901, D. 04, 2, 54. — Rouen, 11 décembre 1901; 29 janvier 1902 — Nancy, 21 mars 1902. — Paris, 18 mars 1903, D. 03, 2, 169.

commercial dans le nantissement du fonds de commerce, justifiaient cette distinction en prétendant que le matériel fait plus étroitement partie du fonds de commerce que les marchandises et qu'il est plus facile à un créancier de surveiller le sort de ce matériel que de suivre le mouvement incessant des marchandises (1). Cependant un jugement du tribunal d'Amiens du 22 mars 1903 (*Journal des Faillites*, 1903, page 249) avait admis la négative.

Le législateur de 1909, partageant l'opinion dominante, a compris le matériel dans les éléments du fonds pouvant être donné en nantissement.

Le privilège du créancier gagiste frappe tous les objets composant ce matériel et ceux qui viendraient s'y ajouter postérieurement, à moins que par convention spéciale les parties aient limitativement déterminé les objets qui seraient donnés en gage. (Tribunal de commerce de la Seine, 12 septembre 1908. *Gazette des Tribunaux*, 3 décembre 1908).

Une difficulté peut s'élever à propos du matériel. Un commerçant, propriétaire de l'immeuble dans lequel il exploite le fonds de commerce, a un matériel composé en partie de machines qui sont immeubles par destination. Il emprunte sur ce fonds et fait inscrire le privilège dans les formes voulues. Ayant à nouveau besoin d'ar-

(1) Tribunal de commerce d'Angers, 7 décembre 1900, D. 1901, 2, 97.

— Tribunal de commerce de Marseille, 19 mars 1903.

gent, ce commerçant contracte un emprunt et consent une hypothèque sur l'immeuble. Celle-ci doit-elle porter à la fois et sur le bâtiment et sur ses accessoires, les machines immobilisées par destination ?

La question peut se présenter en cas de faillite du commerçant ; qui l'emportera du créancier nanti ou du créancier hypothécaire ? La solution la plus simple serait celle qui déterminerait le rang de préférence d'après l'ordre des dates d'inscription du nantissement et de l'hypothèque.

En effet au moment où la sûreté lui est consentie, tout créancier a la faculté de s'assurer si le matériel n'est pas grevé d'une charge : le créancier hypothécaire, en consultant le registre des nantissements au greffe du tribunal de commerce, le créancier gagiste, celui des hypothèques.

Dans une affaire de ce genre, le tribunal a donné gain de cause au créancier hypothécaire, bien qu'inscrit postérieurement et lui a accordé la préférence sur le prix du matériel immobilisé par destination.

Cette décision paraît fondée. Le nantissement des fonds de commerce ne doit comprendre que des objets d'une nature essentiellement mobilière. Pour les immeubles, qu'ils le soient par nature ou par destination. Aucune modification n'a été apportée au régime de la loi du 23 mars 1855 et toute sûreté consentie sur eux doit faire l'objet d'une transcription sur le registre de la conservation des hypothèques. L'article 9 de la loi du

17 mars 1909, en comprenant dans le nantissement le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, a nettement spécifié qu'il fallait entendre par là le mobilier commercial. Mais si l'intention du législateur est évidente, en fait, la question ne sera peut-être pas sans soulever des difficultés. Dans l'espèce jugée par le tribunal de Dijon il s'agissait de machines affectées à l'exploitation de l'immeuble... pas de doute, elles étaient immeubles par destination et susceptibles par suite d'hypothèque et non de nantissement.

Mais dans d'autres cas il sera peut être difficile au juge de reconnaître si un outillage sert principalement à l'exploitation du fonds de commerce, auquel cas il est meuble, où s'il sert à l'exploitation du fonds dont il suit alors le sort.

§ 3. - *Exclusion des marchandises.*

L'énumération des éléments pouvant être compris dans le nantissement étant limitative il s'en suit que plusieurs éléments du fonds de commerce en sont exclus. Telles sont surtout les marchandises.

La loi de 1898 ne s'était pas expliquée sur la question de savoir si les marchandises dépendant du fonds de commerce étaient comprises dans le nantissement par le seul fait de l'inscription de privilège ou s'il fallait mettre le créancier nanti en possession.

Cette question avait été différemment résolue, les tribunaux consulaires admettant cette dernière opinion, les Cours d'appel au contraire et avec elles la plupart des auteurs soutenant que la formalité de l'inscription était suffisante.

Le premier système s'appuyait sur des raisons pratiques très sérieuses. Les marchandises, disait-on, ne sont pas un élément essentiel du fonds de commerce, il existe de nombreuses exploitations commerciales sans marchandises. — Ces dernières sont un élément variable changeant et se renouvelant sans cesse, susceptible d'être augmenté ou d'être diminué. Est-il dès lors possible d'admettre qu'un gage puisse varier d'importance au gré du débiteur ? Le législateur l'a si bien compris, lors de la promulgation de la loi fiscale du 28 février 1872, qu'il a, dans l'article 7, différencié cet élément, du fonds de commerce lui-même.

En cas de mutation l'ensemble du fonds est soumis à un droit de 2 0/0 tandis que les marchandises paient 0.50 0/0. Lorsque le fonds est vendu, un prix spécial est, le plus généralement, fait pour l'ensemble des éléments incorporels et un autre pour les marchandises.

Le silence du législateur, ajoutait-on, était voulu : la loi n'avait pas à organiser un procédé de nantissement spécial pour les marchandises puisque la loi du 28 mai 1858 sur les warants devait en principe s'appliquer au commerçant qui consentait à se priver de la libre disposition de ses marchandises.

Un jugement du tribunal de commerce de Senlis du 9 mai 1902 (*Journal des Faillites*, 1903, page 47), donnait dans ses considérants les principes du système.

« Attendu que le matériel n'est qu'un élément accessoire et séparable du fonds ; qu'il en est de même des marchandises qui n'ont aucun des caractères des éléments qui composent le fonds ; qu'elles n'en constituent pas sa personnalité ne lui donnent pas sa valeur, puisque en tant que choses fongibles elles peuvent être facilement remplacées ou suppléées.

« Que la loi du 1^{er} mars 1898 a eu seulement pour but de rendre pratiquement possible les nantissements des fonds de commerce en mettant à la portée du commerçant un nouvel instrument de crédit.

« Qu'avant comme depuis la loi de 1898, les marchandises pouvaient être l'objet de nantissement avec tradition du gage et de possession réelle, le warrant ayant été organisé pour faciliter cette opération et la rendre à la portée des commerçants.

« Que les marchandises d'un commerçant doivent rester en sa possession pour représenter l'élément extérieur de sa solvabilité apparente par lequel son crédit s'établit et sur la foi duquel les tiers contractent... »

Le tribunal de commerce du Havre, dans son jugement du 30 mai 1899 (*Journal des Faillites*, 1900, pages 87 et suiv.) avait adopté la même manière de voir en disant que :

« Si les marchandises se trouvent englobées dans le

fonds donné en nantissement, le créancier bien loin d'être nanti à leur égard aurait pour gage des objets aliénables sans contrôle, à la seule volonté du débiteur et qui se transformeraient en actif au profit de la masse, dès le moment où ils seraient convertis en espèces ou valeurs ; qu'autrement dit le gage n'existerait pas. »

A ces raisons d'ordre juridique, le tribunal ajoutait d'autres raisons d'ordre économique.

Un nantissement comprenant les marchandises serait beaucoup plus nuisible qu'utile au crédit du commerçant ; en effet, le vendeur à terme d'une marchandise aurait lieu de craindre qu'un nantissement postérieur ne vint absorber tout l'actif au profit du créancier nanti (1). « Attendu que le but poursuivi par le législateur a été de créer de nouvelles ressources pour les commerçants et d'étendre leur crédit ; qu'il est incontestable que si, en cas de nantissement, les marchandises cessaient d'être le gage de tous les créanciers pour devenir celui d'un seul, il se produirait un résultat contraire à celui qu'on a voulu atteindre, et les commerçants verraient promptement leur crédit compromis, sinon complètement ruiné ; qu'ainsi la pratique de la loi irait contre son but et les affaires seraient rendues impraticables. »

(1) Dans le même sens : Cour d'Amiens, 7 juillet 1900, D. 1901, 2, 403. — Tribunal de commerce d'Angers, 7 décembre 1900, D. 1901, 2, 97. — Tribunal de commerce de Châlon-sur-Saône, 17 décembre 1900, D. 1901, 2, 409.

Ces considérations d'ordre juridique et économique étaient d'autant plus à rappeler ici qu'elles ont triomphé auprès du législateur de 1909. Elles n'avaient pas été admises par les auteurs et la presque unanimité des Cours d'appel qui avaient décidé qu'en dehors de toute stipulation expresse le nantissement d'un fonds de commerce engloberait les marchandises comprises dans ce fonds, et ce, sans mise en possession effective du créancier gagiste.

On faisait remarquer que le législateur de 1898 n'avait fait aucune distinction entre les éléments corporels et les éléments incorporels ; il avait reconnu au fonds de commerce un caractère d'universalité incorporelle comprenant tous les éléments sans distinction. On était d'accord pour convenir que ces éléments étaient divisibles au gré des parties, mais, en l'absence de convention, on devait admettre que l'indivisibilité englobait le patrimoine commercial tout entier et surtout les marchandises, élément primordial du fonds.

La jurisprudence antérieure à la loi de 1898 s'inspirant de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1888 avait admis ceci : toutes les fois que les éléments corporels du fonds n'en formaient pas la partie essentielle, et il en était ainsi dans la plupart des cas, ils se trouvaient *de plano* compris dans le nantissement sans être mis en la possession du créancier gagiste, à la condition seulement que les formalités prescrites pour le gage des meubles incorporels fussent remplies. Or, le législa-

teur de 1898 n'avait pas entendu apporter de modification à cette manière de voir, il avait au contraire très nettement déclaré « que les meubles corporels (outillage et marchandises) ne pourraient pas être remis matériellement au créancier gagiste, car ce serait incompatible avec l'idée du simple nantissement. La difficulté quant à ces meubles se résout précisément par la conception de l'universalité juridique ; les meubles corporels y sont légalement entraînés et absorbés ». (Rapport Thézard au Sénat).

Si le législateur avait admis le système contraire, il eût apporté une gêne au petit commerce, car le recours au warrant n'est pas à sa portée et il lui eût enlevé une faculté qu'il possédait avant la loi de 1898. Celle de pouvoir nantir ses marchandises sans s'en dessaisir.

Il faut reconnaître que ce second système était en conformité avec les principes qui avaient présidé à la confection de la loi de 1898. En dehors des raisons d'ordre pratique, il est évident que rien ne permettait de soutenir que le matériel et les marchandises dussent être considérés comme distincts du fonds de commerce dont ils dépendent. Certains tribunaux de commerce, tout en regrettant que le nantissement fut étendu aux marchandises, reconnaissaient cependant que la loi était formelle à cet égard. C'est ainsi que le tribunal de Tourcoing dans un jugement du 30 septembre 1902 (D. 1903, 2, 169) s'inclinait devant l'opinion exprimée dans le rapport de M. Thézard, concernant la possibilité

de comprendre les marchandises dans le nantissement. « Attendu, disait-il, que le tribunal accepte avec regret la solution affirmative, que les abus auxquels elle conduit trop souvent rendent très désirable une réforme de la législation, que rien n'est plus dangereux et plus contraire à l'équité ; que les marchandises encore la propriété exclusive des tiers, lors de la constitution du nantissement, puissent d'avance être données en gage à un prêteur, de telle façon que ce prêteur pourra s'approprier la totalité du produit de la réalisation de ces marchandises, sans même laisser aux fournisseurs de celle-ci l'espoir d'un faible dividende ; que ce péril apparaît encore plus évident si l'on considère que le débiteur a la possibilité de substituer malhonnêtement par ce moyen et de concert avec son prêteur, à un gage d'une valeur négative, au gage d'une valeur sérieuse, qu'il lui suffira postérieurement à la dation du fonds de commerce en nantissement, d'acheter à des tiers confiants des marchandises dont le prix bénéficiera au créancier nanti seul au détriment de la masse créancière. »

La Cour d'Aix, dans un arrêt du 27 avril 1903 (1) avait cru devoir faire une distinction, Elle excluait les marchandises neuves des effets du contrat de gage, entendant par là les marchandises acquises postérieurement au nantissement qui comprenait en revanche celles qui existaient au jour du contrat.

(1) Renne : *Critique des sociétés de droit commun*, août 1903, p. 394.

Cette distinction qui ne reposait sur aucun fondement juridique n'était pas plus admissible que les décisions des tribunaux de commerce.

Le législateur de 1909 avait donc à prendre partie entre deux solutions bien opposées. S'inclinant devant les considérations d'intérêt général, il a cru devoir exclure du nantissement les éléments qui, comme les marchandises, n'y peuvent être compris sans de sérieux inconvénients.

Il est possible en une pareille matière de concevoir deux systèmes : l'un admettant que le nantissement du fonds ne saurait porter sur les marchandises, mais qu'il est permis aux parties contractantes de les y comprendre par une stipulation expresse, formelle; l'autre estimant que même avec une telle stipulation les marchandises ne peuvent être englobées dans le nantissement par le seul fait d'une inscription au greffe et en dehors d'une dépossession matérielle du débiteur ; c'est ce dernier système qui a été adopté par la loi du 17 mars 1909 comme garantissant mieux les droits des tiers.

Les adversaires de ce système ont eu beau objecter que bien souvent les marchandises formant l'élément principal du fonds, si on les excluait on donnait au commerçant une faculté illusoire de gage. Le législateur n'a vu que les inconvénients plus grands d'une pratique condamnée par les représentants les plus autorisés du commerce. L'absorption des marchandises au profit du seul créancier nanti constitue dans bien des cas un véri-

table privilège au détriment des créanciers chirographaires. Or la tendance du commerce a toujours été de mettre autant que possible sur le même pied les différents créanciers d'un commerçant. Si l'on devait favoriser un créancier en lui donnant un privilège de nature à nuire à ses co-créanciers, c'est alors qu'on pourrait objecter, et avec raison cette fois, que le commerçant courrait le risque de se voir limiter le crédit ; en effet, le crédit est en matière commerciale beaucoup plus réel que personnel.

Qu'il soit possible au commerçant de donner en gage partie de sa fortune pour une créance déterminée c'est le droit commun, mais qu'il se lie les mains en donnant toute cette fortune à un prêteur ; en devenant selon une très juste expression le *nexus* de ce prêteur, il perd alors tout crédit et par suite la possibilité d'exploiter lui-même sa maison de commerce.

Le Code civil repousse l'hypothèque conventionnelle générale, or le fonds de commerce constituant le plus souvent tout le patrimoine du débiteur, s'il lui était possible de le gager entièrement ce serait une véritable hypothèque conventionnelle et générale que l'on instituerait.

Le législateur de 1909 a sagement distingué, comme l'avait fait autrefois certains tribunaux consulaires dans les éléments corporels du fonds de commerce, le matériel des marchandises en les traitant, quant au nantissement, d'une façon différente. Le matériel nécessaire à

l'exploitation du fonds fait partie intégrante de ce fonds, c'est un élément stable qui reste avec la partie incorporelle entre les mains du débiteur, tandis que les marchandises, de par leur nature même, sont essentiellement mobiles.

D'autre part en face du créancier gagiste peuvent se trouver des créanciers chirographaires et il convient de maintenir cet équilibre entre des intérêts parfois opposés. L'un des moyens propres à maintenir cet équilibre réside précisément dans la séparation des éléments corporels, le matériel d'exploitation faisant corps avec le fonds pouvant être donné en nantissement avec lui et les marchandises au contraire qui en sont exclues pour être laissées aux créanciers chirographaires.

Vendues et remplacées par d'autres, les marchandises constituent une partie véritable du fonds de commerce, et à l'époque où pourra se faire la réalisation, elles n'y seront que pour une fraction plus ou moins grande. Dans ces conditions elles ne pourraient être comprises dans une dation en nantissement qu'à la condition d'en dresser au préalable un état détaillé et d'en faire remise à un créancier ou à un tiers, or ceci est contraire à l'essence même du nantissement du fonds de commerce.

A ces raisons d'ordre juridique, un dernier argument a paru à la Commission du Sénat tout à fait décisif et à lui seul suffisant. « La rapidité des relations commerciales ne permet pas aux fournisseurs en relations

d'affaires avec le propriétaire d'un fonds de commerce, de consulter le registre du greffe avant chaque opération; à tout instant d'ailleurs, un nantissement peut survenir et un fournisseur se trouve primé par une inscription prise entre la livraison de ses marchandises et l'époque fixée pour le paiement. » (Rapport Cordelet, 5 janvier 1908, *Annexes*, page 49) (1).

§ 4. — *Exclusion des créances.*

Les créances nées de l'exploitation d'un fonds de commerce ne sauraient être comprises dans le nantissement du fonds, cette exception au principe de l'unité de patrimoine ne pourrait s'admettre sans un texte formel.

La jurisprudence et la doctrine se prononçaient déjà

(1) Sous l'empire de la loi romaine, la question s'était posée de savoir si lorsqu'un marchand après avoir engagé les marchandises existant dans sa boutique les avait vendues et les avait remplacées par d'autres, ces dernières étaient subrogées à la place des premières. Le jurisconsulte en la *L. cum tabernum, D. de pign.*, répondait : *ea quæ tempora mortis debitoris in taberna inventa sunt pignori obligata esse videri*. Lorsqu'on engage un corps universel, ce qui est substitué, changé ou remplacé succède en la même qualité à ce que l'on a oté ou changé. La vente que le commerçant fait des marchandises qu'il avait lors de l'obligation contractée, n'éteint pas l'hypothèque, parce que l'on présume que le créancier n'a pas voulu empêcher le trafic de son débiteur et que celui-ci a seulement entendu engager les marchandises qui seront en sa possession lorsque le

dans ce sens, sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1898. Le législateur de 1909, n'a fait que consacrer cette opinion.

Les créances actuelles qui ont une existence certaine peuvent sans doute faire l'objet d'une cession et même d'un nantissement, le commerçant peut donner en gage en même temps que son fonds de commerce, les créances qu'il possède et qui sont pour lui un instrument de crédit; mais il doit se conformer aux règles de l'article 2075 du Code civil. Quant aux créances futures à provenir de l'exploitation du fonds, elles ne peuvent pas non plus être l'objet d'un nantissement; un gage ne saurait porter sur de telles créances sans l'obligation d'acquitter corrélativement le passif du fonds.

L'opinion contraire a pourtant été soutenue. « Il est permis aujourd'hui, dit un auteur (1), de voir dans le fonds de commerce une universalité juridique, c'est-à-dire une sorte de pécule commercial séparé par sa destination même des autres biens du commerçant, ayant ses créanciers et ses débiteurs et dont l'aliénation comporte de plein droit cession à l'acquéreur des créances et des dettes qui en dépendent. »

créancier les fera saisir : *nam ita obligasse non videtur ut amplius distrahere non possit*. Basnage : *traité des hypothèques*, page 27 et suiv.

(1) Magnin : *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*. *Annales de Droit commercial*, année 1899, page 398.

Nous avons dans notre première partie assez insisté sur ce point que le fonds de commerce ne peut être considéré dans notre législation comme un patrimoine spécial, avec son actif et son passif propres pour qu'il soit besoin de discuter une opinion qui est d'ailleurs restée à peu près isolée. Cette conception du fonds de commerce aboutirait à des conséquences incompatibles avec l'idée même du nantissement. Ce que l'on donne en gage, c'est le fonds, déduction faite, du passif qui le grève.

Pour admettre dans le nantissement les créances, il faudrait admettre par corrélation les dettes. Le créancier gagiste ne pourrait donc se faire payer qu'une fois que les autres créanciers auraient été payés. Un tel résultat, logiquement inévitable si l'on comprend les créances dans le gage (actives et passives, nous l'avons dit), serait la négation même du nantissement (1).

La jurisprudence est d'ailleurs dans ce sens. Le tribunal de commerce de Flers décide, dans un jugement du 15 mai 1900 (D. 1901, 2, 97), que la loi de 1898 n'avait porté aucune atteinte à la disposition de l'article 2075 du Code civil relative aux créances.

Toutefois les raisons données par le tribunal ne sauraient être entièrement approuvées. Le tribunal tirait en effet argument de cette circonstance que les créances en question n'étaient pas nées à l'époque de la consti-

(1) Rapport Percerou à la Société d'Études législatives, page 15.

tution du nantissement. Or si l'on admettait la possibilité de les y comprendre, il faudrait les considérer comme des accessoires du fonds et non comme des corps certains, et par suite le nantissement pourrait porter sur toutes les créances qui viendraient à naître, même postérieurement à sa constitution.

On peut sur ce point rapprocher l'hypothèque des fonds de commerce de celle des navires. La créance du fret n'est pas comprise dans une hypothèque maritime et ne peut être considérée comme accessoire du navire comme le sont les agrès, machines, etc.

Dans certaines hypothèques toutes spéciales, la question s'est posée de savoir si les créances ne pourraient pas être comprises dans le nantissement du fonds. Voici par exemple, une entreprise d'assurances dont presque tout l'actif est représenté par des créances qui ne sont en réalité que des instruments d'exploitation. Rentrent-elles dans le domaine d'application de la loi ? L'affirmative a été soutenue (1).

Avec la loi du 17 mars 1909 qui énumère limitativement les éléments pouvant faire l'objet d'un nantissement, le doute ne semble pas possible, les créances de ces fonds de commerce spéciaux rentrent dans le droit commun. Même avant le vote de cette loi il nous semble qu'il était difficile de ne pas exclure ces créances du

(1) Rossy : *Des cessions de portefeuilles et réassurances générales*, thèse, Paris 1899, page 256.

nantissement ordinaire, toujours en raison de l'obligation qui aurait résulté si l'on avait admis la théorie contraire, de faire rentrer le passif dans l'objet du nantissement.

§ 5. — *Exclusion des marchés à livrer et autres traités.*

L'exclusion des créances a pour conséquence l'exclusion des marchés à recevoir ou à livrer et des traités divers qui créent des obligations personnelles entre le propriétaire du fonds et des tiers. Le cédant ne peut se substituer le cessionnaire sans le consentement de son contractant (1). Le nantissement ne saurait porter sur un marché à livrer. Le commerçant en effet n'est propriétaire des marchandises qui font l'objet de ce marché qu'au moment où le terme est expiré : jusque là il n'est considéré que comme un créancier d'une obligation de faire.

§ 6. — *Exclusion des loyers payés d'avance.*

Il sont exclus du nantissement en raison du caractère limitatif de l'énumération de la loi. D'ailleurs les sommes ainsi données ne sont pas autre chose que le

(1) Exposé des motifs. *Journal officiel*, 21 mai 1901, page 151.

paiement anticipé d'une dette contractée par le preneur. Ces loyers sont en outre imputables sur les derniers mois de jouissance, ils sont donc acquis au propriétaire qui n'aura pas à les restituer. Ainsi en avait jugé le tribunal de commerce de la Seine le 10 mai 1900 (*Le Droit*, 22 juin 1900) qui déclarait que le paiement des loyers d'avance en exécution des clauses du bail constitue l'extinction anticipée d'une obligation du locataire envers le propriétaire et ne crée pas une créance dont le propriétaire puisse être débiteur envers le locataire. La seule créance qui pourrait résulter d'un tel paiement est celle que le locataire pourrait avoir éventuellement contre le cessionnaire de son droit au bail.

Cependant dans un autre jugement du 2 novembre 1901 (*Le Droit*, 4 décembre 1901) le même tribunal avait décidé au contraire que les loyers d'avance constituent une créance éventuelle du preneur contre le bailleur, laquelle peut-être mise en gage aussi bien qu'une chose née et existante mais selon les formalités exigées pour les créances. Avec cette dernière réserve la thèse du tribunal de commerce de la Seine ne fait d'ailleurs que confirmer ce que nous avons dit à propos des créances et de la possibilité de les admettre dans un nantissement.

§ 7. — *Exclusion des livres de commerce et de la correspondance.*

En ce qui concerne les livres de commerce et la correspondance, il est d'usage qu'en cas de cession du fonds ils restent la propriété du cédant intéressé à leur conservation pendant dix ans (article 11, du Code de commerce) et tenu seulement de laisser le cessionnaire y puiser les renseignements qui peuvent lui être utiles.

Ils ne doivent pas être compris dans le nantissement du fonds (1).

§ 8. — *Exclusion de l'immeuble où s'exploite le fonds.*

La loi de 1909 comme celle de 1898 est spéciale au nantissement des objets mobiliers. Si le fonds de commerce est exploité non dans un local loué mais dans un immeuble appartenant au commerçant cet immeuble ne pourra pas être compris dans le nantissement du fonds.

Ces lois n'ont en effet rien changé en matière de

(1) Exposé de motif. *Journal officiel*, 1905, page 151.

droit hypothécaire. Le nantissement d'un fonds de commerce comprenant un immeuble ne pourrait être opposable aux créanciers hypothécaires inscrits même postérieurement, sur le dit immeuble, que s'il est établi par contrat d'antichrèse régulièrement transcrit, dans les formes de la loi du 23 mars 1855 (1). Le commerçant sera libre de constituer, comme garantie supplémentaire, au profit du créancier déjà nanti du fonds, une hypothèque sur l'immeuble dont il est propriétaire, mais chacune de ces deux opérations sera soumise à des conditions spéciales de publicité. La législation hypothécaire s'applique exclusivement en cette matière ; l'hypothèque conventionnelle doit être inscrite sur le registre de la conservation des hypothèques et on ne saurait admettre qu'on puisse grever l'immeuble d'une charge réelle par une simple inscription au greffe du tribunal de commerce.

Nous venons de passer en revue ceux des éléments du fonds qui pouvaient être désormais compris, sans contestation, dans le nantissement, et ceux qui en étaient exclus. Aucune incertitude ne subsiste donc désormais sur l'étendue du privilège.

Les dispositions de la loi consacrent le droit du propriétaire de disposer de son fonds de commerce comme

(1) Tribunal civil, Dijon, 30 mars 1908, D. 1909, 2, 153.

il dispose d'ailleurs de tous ses autres biens ; mais elles règlent ce droit de telle façon qu'il ne lèse pas les tiers.

Il ne nous reste plus maintenant qu'à examiner la nature même de ce droit.

CHAPITRE III

NATURE DU NANTISSEMENT

Le créancier qui a fait régulièrement procéder à l'inscription de son nantissement a en principe tous les avantages que procure le gage. Toutefois, il n'a pas le droit de rétention, puisque le propre du nantissement d'un fonds de commerce est l'absence de dépossession pour le débiteur. Ces avantages procèdent à la fois et du gage et de l'hypothèque. Sans doute, le législateur n'a pas employé d'autre mot que celui de nantissement (1), mais il a fait de fréquents emprunts à la législation hypothécaire, en sorte que ce gage sans déplacement n'est ni un véritable gage, ni une véritable hypothèque. C'est une garantie spéciale analogue à celle qui existe en matière maritime pour les navires, en matière agricole pour les récoltes et mois-

(1) La loi de 1898 n'étant qu'une addition à l'article 2075, le nantissement du fonds de commerce, par la place même qu'il occupait, était bien un véritable gage. Cet argument n'a plus aujourd'hui de raison d'être, la loi de 1898 ayant été expressément abrogée par celle du 17 mars 1909.

sons ; analogue aussi au droit du bailleur d'immeubles. « Le prétendu nantissement, disait M. Saleilles à la Société d'Études législatives (1), n'a de gage que le nom. Au fond, c'est une hypothèque, et la loi devrait franchement accepter ce nom comme elle l'a accepté pour les navires », encore plus, même, ajouterons-nous, car le fonds de commerce a une assiette fixe, un point d'attache : c'est son siège, le lieu où il s'exploite.

Le nantissement sur un fonds de commerce procure au créancier gagiste tous les avantages d'un droit réel : indivisibilité du droit, droit de suite, droit de faire vendre et comme corollaire, droit de se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers.

§ 1^{er}. — *Indivisibilité du droit.*

Le gage subsiste sur tous les éléments compris dans le nantissement et cela jusqu'à extinction complète de la créance. L'indivisibilité est en effet de la nature du contrat de gage ; la loi présume avec raison que les parties entendent faire répondre l'objet du gage de la dette entière. Que la créance vienne à se diviser entre plusieurs ayants droit, le gage continuera à porter sur le fonds tout entier.

(1) *Bulletin de la Société d'Études législatives*, 1903, page 383.

§ 2. — *Droit de suite.*

Le droit de rétention conféré au créancier gagiste ordinaire est remplacé ici par un droit encore plus important : le droit de suite, qui permet au créancier de méconnaître les aliénations dont le fonds serait l'objet et d'en poursuivre l'expropriation entre les mains du détenteur. Ce droit nettement consacré par la loi du 17 mars 1909 avait été antérieurement contesté.

Certains auteurs (1) se refusaient à admettre que le créancier nanti eut le droit, comme le créancier hypothécaire de poursuivre la vente de son gage contre le tiers acquéreur et cela par l'article 2119 en vertu duquel les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, or le fonds de commerce est incontestablement de nature mobilière.

Tout au plus admettait-on au profit du créancier gagiste une action analogue à l'action en revendication conformément aux articles 2279 et 2280 du Code civil.

Un jugement du tribunal de commerce de Rouen du 20 mars 1903 (S. 1906, 2, 154) avait même décidé que l'aliénation du fonds de commerce anéantissait le privi-

(1) Baudry-Lacantinerie : *Privilèges et Hypothèques*, I, n° 84. — Wahl. note sous Sirey, 1901, 2, 156.

lège : c'était rendre illusoire la garantie que devait nécessairement constituer le nantissement.

D'autres auteurs, tout en accordant au créancier nanti le bénéfice d'un droit de suite basé sur des raisons d'ordre pratique, notamment sur le caractère précaire d'une sûreté réelle sans droit de suite, en trouvaient la justification difficile au point de vue juridique. « Il peut paraître singulier d'accorder un droit de suite, c'est-à-dire une action réelle de même nature que la revendication à un créancier qui n'a jamais eu la possession du fonds donné en gage et qui n'est pas titulaire d'une hypothèque véritable. Pour avoir le droit d'intenter une action de ce genre si l'on n'est pas créancier hypothécaire, il faut avoir été propriétaire ou possesseur (1). »

Ces deux opinions pouvaient être contestées. Du fait même que le fonds de commerce est un bien incorporel, les dispositions des articles 2119 et 2279 du Code civil ne lui sont pas applicables. Les privilèges étant pour la plupart des droits réels, renferment un droit de suite sauf quand ce droit est exclu par quelque règle générale tenant à la nature du bien qui en est grevé, comme les meubles corporels (2).

Il est d'ailleurs admis sans difficulté qu'une cession de créance signifiée après constitution du gage n'est

(1) Magnin : Etudes sur le nantissement. *Annales de Droit commercial* 1900, page 30.

(2) Lyon-Caen et Renault. *Droit commercial*, tome III, n° 285.

pas opposable au créancier gagiste qui peut toujours se prévaloir des dispositions de l'article 2078.

Pourquoi ne pas admettre cette même solution en matière de nantissement de fonds de commerce ?

On peut ajouter que le nantissement étant soumis depuis la loi de 1898 à une inscription, le défaut de publicité ne pouvait être invoqué et qu'il était toujours loisible à un acquéreur prudent de consulter le registre des inscriptions avant de payer son prix. D'ailleurs, l'article 2279 ne profite qu'au possesseur de bonne foi ; or, l'acquéreur d'un fonds donné en nantissement ne peut plus de bonne foi ignorer cette circonstance depuis la formalité exigée par la loi de 1898.

Le créancier gagiste qui fait inscrire son privilège dans les délais exigés est dans une situation identique à celle du créancier hypothécaire : son droit existe au su de tiers et son privilège est opposable aux tiers notamment à l'acquéreur du fonds grevé.

Une fois le gage régulièrement constitué, le constituant ne possède plus le fonds de commerce que sous la réserve du droit du créancier gagiste. Il ne peut donc transmettre plus qu'il n'a et son fonds reste grevé du nantissement dans les mains du tiers acquéreur.

Le droit de suite apparaît dans la matière du nantissement avec une vertu toute spéciale qu'il n'a pas en général à l'encontre du tiers qui possède l'objet mobilier sur lequel porte le gage. Dans ce dernier cas, en effet,

le tiers détenteur en vertu des articles 2279 et 2280 du Code civil, peut invoquer sa bonne foi et la possession lui confère le droit de repousser l'action dirigée contre lui. Mais ces fins de non recevoir ne sauraient être invoquées à l'encontre du créancier gagiste d'un fonds de commerce, car ce fonds constitue comme un ensemble de meubles et les dispositions des articles 2279 et 2280 ne s'appliquent qu'aux meubles corporels pris individuellement (1). Si donc le créancier gagiste ne jouit pas du droit de rétention, il dispose en revanche d'un droit de suite qui ne peut offrir aucun inconvénient ni pour le débiteur, ni pour le tiers, et qui par contre constitue une véritable protection de ses intérêts.

L'article 22 de la loi du 17 mars 1909 qui confère ce droit de suite est muet sur les deux exceptions accordées par le Code civil au tiers détenteur : *l'exception de discussion* et *l'exception de garantie*. La première, en effet, ne peut s'appliquer à la matière. Elle suppose que le créancier a une hypothèque légale ou une hypothèque judiciaire, car, dit l'article 2171, « l'exception de discussion ne peut être opposé au créancier privilégié ou ayant une hypothèque spéciale sur l'immeuble ». La seconde, au contraire, bien qu'assez rare, pourrait néanmoins trouver son application dans le cas où le créancier serait tenu personnellement à la garantie

(1) Aubry et Rau : tome II, § 183. — Baudry-Lacantinerie, *Prescription*, n° 839.

envers le tiers détenteur « qui doit garantie ne peut évincer ».

Comme conséquence du droit de suite reconnu au créancier gagiste, la loi du 17 mars 1909 accorde au tiers détenteur la faculté de purger son fonds : c'est une innovation.

Ceux qui, sous l'empire de la loi de 1898, reconnaissaient un droit de suite au créancier nanti, déniaient au tiers détenteur la faculté de délaisser le fonds ou de le purger, il ne pouvait que laisser vendre le fonds ou désintéresser le poursuivant.

Cette innovation a sa raison d'être. La purge facilite la circulation des fonds de commerce et les mêmes raisons qui l'on fait adopter en matière immobilière se retrouvent ici avec autant de force.

La faculté de purger, accordée au tiers détenteur, a pour conséquence le droit du créancier nanti, de former une surenchère du sixième ; il faut entre autres conditions que la vente ait eu lieu à l'amiable et non judiciairement. L'article 29 de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, défend également une surenchère après une vente judiciaire de navire qui est présumée, en raison de la publicité dont elle est entourée, avoir fait atteindre à la chose vendue son maximum de valeur.

§ 3. — *Droit de faire vendre.*

Lorsque la créance garantie par le nantissement est arrivée à échéance, si le débiteur refuse de s'acquitter, s'il ne veut pas consentir à ce que le fonds de commerce soit vendu pour que le prix en soit attribué au créancier nanti, il ne reste à ce dernier qu'une ressource : poursuivre judiciairement la réalisation de son gage.

En matière civile, comme en matière commerciale le créancier gagiste ne devient pas propriétaire par le seul fait du défaut de paiement à l'échéance. Les objets donnés en gage sont en effet le plus souvent d'une valeur supérieure au montant de la dette, et le débiteur eût été spolié si la loi avait accordé au créancier le droit de s'attribuer lui-même le gage dans le cas où il ne serait pas payé. L'article 2078 lui donne la faculté de demander à justice : ou que le gage lui soit attribué en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par expert ou qu'il soit vendu aux enchères publiques.

Les considérations qui ont dicté cette disposition étant d'ordre publique, toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle (art. 2078, § 2).

La susdite faculté d'option laissée au créancier s'ap-

pliquait sous l'empire du Code civil aussi bien au gage commercial qu'au gage civil. La loi du 23 mai 1863 (art. 93 du Code de commerce) est venue débarrasser le commerce des lenteurs de la réalisation du gage en stipulant qu'en matière de gage commercial aucune autorisation de justice ne serait nécessaire pour la vente du gage après l'échéance du terme. Il n'y a là qu'une extension au gage des règles admises par la loi du 28 mai 1858 pour la vente des marchandises déposées dans les magasins généraux. Mais le créancier peut-il encore demander au tribunal l'autorisation de garder le gage en paiement jusqu'à due concurrence d'après une estimation faite par experts (art. 2078).

La question est controversée. Les auteurs soutiennent l'affirmative (1). Rien n'indique, disent-ils, que l'article 93 du Code de commerce ait enlevé ce droit au créancier nanti ; il n'a fait que supprimer pour lui la nécessité de s'adresser à justice s'il vient à vendre le gage. Bien plus le § 4 de cet article reproduit l'alinéa 2 de l'article 2078 du Code civil interdisant toute stipulation contraire. Or, que signifie cette clause sinon qu'en cas de vente du gage les formalités déjà simplifiées par la loi ne doivent pas encore être réduites par une convention des parties. Le Code de commerce modifié par la loi de 1863 n'a rien touché au droit du créancier qui

(1) Lyon-Caen et Renault : *Droit commercial*, tome III, n° 343. — Baudry-Lancantinerie : *Privilèges et Hypothèques*, I, n° 352. — Aubry et Rau : IV, § 434.

veut se faire attribuer le gage. Les dispositions du Code civil, lui sont dans ce cas applicables.

Dans un second système on refuse absolument ce droit au créancier (1). L'article 93 du Code de commerce est formel pour la réalisation du gage en matière commerciale. « A défaut de paiement à l'échéance, dit ce texte, le créancier... peut faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage. » Suivent les formalités de la vente qui varient d'après les cas et l'article se termine par un paragraphe emprunté à l'article 2078 du Code civil, ainsi conçu : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus prescrites est nulle ». Or, comme la vente seule y est prévue et non l'attribution du gage, il faut en conclure que ce dernier mode n'est plus autorisé en matière commerciale (2).

L'esprit de la loi de 1863 est d'ailleurs très net : « L'article 93, dit l'exposé des motifs, a une importance qui n'échappera pas à l'attention de la Chambre, il abroge, en ce qui touche le gage commercial, l'article 2078 du Code civil, aux termes duquel le créancier est obligé de recourir aux tribunaux pour exécuter le gage s'il n'est pas payé. » On ne saurait donc admettre la co-existence des deux dispositions différentes sur le mode de réalisation du gage commercial.

(1) Toulouse, 27 juillet 1872, D. 73, 2, 230. — Paris, 8 mars 1873, D. 7, 4, 2, 70.

(2) En ce sens, Guillouard : *Traité du nantissement*, n° 184.

La loi du 17 mars 1909 a nettement adopté cette dernière solution en spécifiant dans son article 8, § 2, que le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement jusqu'à due concurrence. Est-ce l'application pure et simple des principes de la loi de 1863 ? Les partisans du second système ne manqueront pas de le soutenir. Les autres répliqueront qu'en matière de gage commercial c'est une exception au droit commun, puisque, par une disposition expresse de la loi, on croit bon de retirer au créancier gagiste une faculté qu'il possède généralement.

Quoi qu'il en soit, la controverse n'est plus ici possible. Ce n'est pas seulement parce que le créancier gagiste ne « *possède pas* », qu'il ne peut pas demander que les fonds lui « *demeure* » en paiement ; c'est à cause de la nature spéciale de l'objet engagé. L'attribution du fonds après expertise ne présente pas pour les intérêts des tiers la même garantie que la vente aux enchères publiques. De plus en pratique, le créancier ne songerait guère à profiter de cette faculté, car il ne serait pas toujours apte à reprendre la direction du fonds ou disposé à le faire, à supposer qu'il exploite le même commerce.

Mais il est une plus grande dérogation apportée par la loi de 1909 aux règles du droit commercial. La loi de 1863 avait voulu vulgariser le nantissement commercial en assurant au créancier gagiste un remboursement

rapide sans trop de frais, en même temps qu'à l'emprunteur un prêt facile et à bon marché ; elle avait dans ce but supprimé l'obligation pour le créancier gagiste non payé à l'échéance de s'adresser à justice pour faire vendre le gage. La loi de 1909, au contraire, l'astreint à faire ordonner par justice la vente du fonds aux enchères publiques. Elles n'a pas voulu qu'on appliquât à la vente du fonds de commerce, les règles spéciales édictées par l'article 93 du Code de commerce pour la réalisation du gage commercial ordinaire. La solution contraire était généralement admise sous l'empire de la loi de 1898 qui, suivant la jurisprudence, n'avait apporté aucune dérogation aux règles ordinaires applicables à la réalisation du gage. (Trib. Châteaubriant, 10 mars 1900. *Journal des Faillites*, 1900, page 477).

Pour admettre cette dérogation au droit commun on peut dire que l'article 93 suppose le créancier gagiste en possession de la chose donnée en gage. D'autre part, le fonds de commerce est un gage d'une telle importance qu'il nécessite des dispositions spéciales, aussi bien dans l'intérêt du débiteur que dans l'intérêt des autres créanciers. La règle posée par la loi du 17 mars 1909, trouve encore sa justification dans ce fait que le créancier ne peut recourir à aucune des saisies organisées par le Code de procédure civile. La saisie mobilière est spéciale aux meubles corporels et ne saurait s'appliquer au meuble incorporel qu'est le fonds de commerce. Quant aux règles spéciales à la saisie et à la vente des

rentes constituées sur particuliers, elles ne sont pas applicables aux fonds de commerce non susceptibles de saisie-arrêt. On ne pouvait donc reconnaître au créancier qu'un seul droit, celui de poursuivre la vente en justice.

La loi envisage les cas dans lesquels la vente publique du fonds peut être demandée en justice.

A) Le créancier gagiste comme d'ailleurs tout autre créancier inscrit ou simplement chirographaire peut, en principe, exercer une saisie exécution, non sur le fonds lui-même qui est incorporel, mais sur les deux éléments corporels du dit fonds : le matériel d'exploitation et les marchandises. Or, ces dernières sont exclues du nantissement. Quant au matériel, il est difficile d'admettre la possibilité de le saisir indépendamment de la clientèle et du droit au bail. Une fois donné en gage, le fonds de commerce est en tout homogène, indivisible. De plus, en pratique, on conçoit difficilement une vente distincte du matériel d'une part, de la clientèle et du droit au bail de l'autre. Aussi l'article 13 de la loi du 17 mars 1909 confère-t-elle le droit au créancier qui exerce des poursuites de saisie exécution, de demander au tribunal de commerce la vente du fonds avec le matériel et les marchandises qui en dépendent.

La même faculté appartient d'ailleurs au débiteur qui peut ainsi éviter le morcellement du fonds.

b) Dans ce premier cas, le créancier gagiste avait fait une saisie, il avait donc un titre exécutoire.

La loi lui donne, au cas où il ne voudrait pas avoir recours à la saisie exécution, le droit de faire ordonner la vente du fonds huit jours après sommation de payer faite au débiteur ou au tiers détenteur et demeurée infructueuse (art. 16, § 1^{er}). C'est à peu près la disposition de l'article 93 du Code de commerce, § 1^{er}, sauf en ce qui concerne le mot essentiel « faire ordonner » au lieu de « faire procéder. »

c) Le tribunal de commerce saisi de la demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation du fonds, peut, s'il prononce une condamnation et si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds. Cette vente ne pourra être ordonnée qu'à la condition que le tribunal ait prononcé une condamnation à l'encontre du débiteur (art. 18).

d) Enfin, le créancier gagiste, comme tout autre créancier inscrit a le droit de s'opposer à la vente séparée d'un ou de plusieurs éléments du fonds, en demandant qu'il soit procédé à la vente de tous les éléments ensemble. De même que le débiteur peut s'opposer à la vente séparée des marchandises et du matériel et demander que le fonds soit rendu avec tous les éléments qui le composent, de même les créanciers ont intérêt à ce que le gage ne soit ni fractionné, ni par

suite : déprécié. Tout créancier inscrit aux termes de l'article 20, qui poursuit, soit sur saisie exécution, soit en vertu de la loi dont s'agit, la vente séparée d'un ou plusieurs éléments d'un fonds de commerce devra notifier la poursuite aux créanciers inscrits depuis au moins quinze jours. La vente ne peut avoir lieu que dans un délai de dix jours à compter de cette notification, délai pendant lequel tout créancier inscrit, que sa créance soit échue ou non, peut assigner les intéressés devant le tribunal de commerce pour voir ordonner la vente de tous les éléments du fonds. Le matériel et les marchandises sont alors vendus en même temps que le fonds. Mais sur des mises à prix distinctes.

§ 4. — *Droit de préférence.*

Lorsque le fonds de commerce vient à être réalisé soit que la vente ait eu lieu à l'amiable, soit qu'elle ait été faite par le syndic ou ordonnée à la poursuite du créancier nanti ou de tout autre créancier, il y a lieu à répartition de prix. Le créancier nanti a le droit de se faire payer sur ce prix par préférence aux autres créanciers du débiteur.

1° SITUATION DU CRÉANCIER NANTI, LE DÉBITEUR ÉTANT ENCORE IN BONIS.

Nous supposerons tout d'abord le débiteur encore

in bonis pour étudier ensuite l'influence de la faillite sur le privilège du créancier gagiste.

A) **Concours du créancier gagiste avec des créanciers chirographaires.**

Cette hypothèse ne présente aucune particularité ; le créancier gagiste, grâce à son privilège, prime les créanciers chirographaires. Ceux-ci ne peuvent se plaindre, ils n'aient qu'à réclamer du commerçant une sûreté analogue pour la garantie de leurs créances.

Depuis la loi de 1909, les marchandises échappant au nantissement, les droits de ces créanciers sont davantage sauvegardés, et ils pourront trouver dans le prix de vente des marchandises — qui constituent souvent la principale valeur du fonds — la ressource suffisante pour les désintéresser.

B) **Concours avec d'autres créanciers nantis.**

En matière de gage ordinaire, le droit de préférence est conservé par l'exercice du droit de rétention. Or nous sommes ici en présence d'une hypothèque : c'est donc l'inscription seule qui peut remplir ce but. Mais par suite de l'absence de désaisissement rien ne s'oppose à ce que le même fonds soit donné en garantie à plusieurs créanciers.

Le propriétaire peut en effet utiliser la valeur entière de son exploitation pour se procurer du crédit et il lui est loisible, de même qu'il peut consentir sur son

immeuble une ou plusieurs hypothèques, de donner son fonds en nantissement à des créanciers successifs. Le droit de préférence se règle alors sans difficultés : le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leurs inscriptions ; les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence. (Art. 12. Loi du 17 mars 1909).

Si antérieurement à cette loi le premier point était admis sans conteste, comme une application du principe : « *Prior tempore, potior jure* », le second prêtait à discussion. Plusieurs auteurs estimaient qu'en cette matière la disposition de l'article 2147 du Code civil ne trouvait pas son application car le nantissement des fonds de commerce ne peut emprunter que celles des règles du régime hypothécaire qui sont l'expression du droit commun (1). Le juge devait tenir compte de toutes les circonstances et présomptions de nature à déterminer sa conviction,

Le législateur de 1909 n'a pas adopté cette manière de voir. En matière hypothécaire tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence, aux termes de l'article 2147, une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir quand même cette différence serait marquée par le conservateur. Pourquoi, puisqu'il s'agit ici

(1) Boutaud et Chabrol : *Traité des fonds de commerce*, n° 373. — Lesur : *Du nantissement des fonds de commerce*, p. 322.

d'hypothèque, ne pas admettre une règle qui s'impose pour les mêmes motifs : éviter une collusion possible entre le créancier nanti et le greffier.

Le législateur n'a fait d'ailleurs qu'étendre le principe admis pour l'hypothèque maritime dans l'article 10 de la loi du 10 juillet 1885.

c) **Concours avec des créanciers privilégiés.**

Le privilège du créancier gagiste peut se trouver en présence de privilèges mobiliers généraux ou spéciaux. Aucune disposition légale ne déterminant le rang du privilège du créancier gagiste sur le fonds de commerce qui lui est affecté, il conviendra d'avoir recours aux principes posés par le Code civil, article 2101, pour résoudre les difficultés d'espèces qui pourraient se présenter.

C'est ainsi notamment que les frais de justice faits pour la vente du fonds primeront le privilège du créancier nanti ; de même les salaires des ouvriers et gens de service attachés à l'exploitation du fonds passeront avant sa créance, puisque ces salariés ont donné leur temps pour la conservation et la mise en valeur du gage (1). Le privilège du Trésor serait également préférable.

(1) Orléans, 5 juin 1903. — *Le Droit*, 7 octobre 1905. — En sens contraire : Tribunal de commerce d'Aix, 24 juin 1907. — *Journal des faillites*, 1907, page 313.

Mais le créancier gagiste peut se trouver en concours avec des créanciers ayant un privilège spécial.

Le créancier à raison des frais faits pour la conservation du fonds nous paraît devoir être préféré au créancier gagiste (1). En cas de concours de créanciers, invoquant les uns un privilège basé sur un nantissement, les autres un privilège ayant pour point de départ la plus-value donnée au fonds, ces derniers passent les premiers si le fait de conservation est postérieur à la constitution du gage, et les seconds si le fait de conservation est antérieur.

En ce qui concerne le bailleur, c'est un privilège du même ordre que celui du gagiste, on peut donc décider que le bailleur doit l'emporter, mais à la condition toutefois que le bail ait acquis date certaine avant que le nantissement ait été inscrit. Quand on se trouve en présence de deux privilèges de même nature, tous deux découlant de la notion du gage, leur rang de préférence doit se déterminer d'après la date. Lorsque l'inscription de nantissement aura précédé le bail (hypothèse qui pourra se présenter en cas de transfert du fonds dans un autre local) le créancier nanti primera le bailleur. Ici encore l'exclusion des marchandises atténue notablement les conséquences de la règle, car le bailleur trouvera toujours un actif assez important pour pouvoir exercer son privilège.

(1) En ce sens : Tribunal civil de Joigny, 20 janvier 1870 (S. 1873, 2, 43). — Paris, 5 mars 1872 (S. 73, 2, 43).

Quant au privilège du vendeur du fonds, l'opinion généralement admise avant la loi de 1909 faisait passer ce privilège après celui du créancier gagiste (1). Le vendeur prévoyant avait recours à un expédient pour obvier à ce désavantage : il se faisait donner le fonds en nantissement pour garantir le paiement de son dû. Il consolidait ainsi son privilège et le rendait en cas de faillite opposable à la masse des créanciers.

Cet expédient n'est plus actuellement nécessaire puisque le privilège du vendeur jusqu'alors occulte est soumis à la même publicité que le nantissement.

Il aura le pas sur les privilèges résultant du nantissement consenti par l'acquéreur, à la condition qu'il ait été inscrit dans un délai de quinze jours à partir de la vente : la créance du vendeur d'un fond de commerce est plus intéressante que celle du créancier gagiste car c'est lui qui a mis dans le patrimoine du débiteur la valeur donnée en gage.

2^o SITUATION DU CRÉANCIER NANTI EN CAS DE FAILLITE DU DÉBITEUR.

Le créancier gagiste ordinaire est un créancier privilégié qui est hors de la faillite. Le créancier auquel un nantissement a été régulièrement consenti est éga-

(1) Laurent : *Droit civil*, tome XXIX, n^o 629. — Aubry et Rau : tome 3, page 803 et 804.

lement hors de la faillite ou de la liquidation judiciaire du débiteur constituant et ne doit être inscrit à la masse que pour mémoire (art. 546, du Code commercial). La créance échappe-t-elle en outre à la vérification ? la négative a été retenue.

Les dispositions du Code (art. 491 et suiv.) sont générales et ne font aucune distinction entre les différents créanciers. Il serait d'autant plus injuste, ajoute-t-on, de soustraire une créance de cette nature à la vérification, qu'elle nuit à la masse des créanciers (1). Un jugement du tribunal de commerce de Rouen du 13 juillet 1900, qui fut d'ailleurs infirmé en appel par arrêt du 20 novembre 1901 (*Journal des tribunaux de commerce*, 1903, page 745) avait décidé que le créancier nanti devait se soumettre à la vérification de sa créance, car il peut arriver que le nantissement tombe sous le coup des articles 446 et 447 du Code de commerce. Cette opinion fut partagée par plusieurs tribunaux de commerce. (Bordeaux, 29 avril 1903 ; Mém. Bordeaux, 1903, 1, 219).

Il nous semble que le créancier gagiste n'est pas tenu de subir préalablement la procédure de l'affirmation et de la vérification. Aucune disposition en effet ne subordonne l'exercice de son droit à cette formalité toujours longue. L'article 552 reconnaît de plus, au créancier gagiste non complètement désintéressé, le droit de con-

(1) Bordeaux, 29 mars 1860, S. 1860, 2, 495.

courir pour ce qui lui reste dû avec les créanciers chirographaires, pourvu toutefois que sa créance ait été vérifiée et affirmée. Si donc le Code n'exige la vérification que lorsque le bien grevé ne suffit pas pour désintéresser le créancier privilégié, pour tous les autres cas cette vérification sera purement facultative pour le créancier nanti (1). La doctrine contraire aboutit en outre à une conséquence fâcheuse à l'égard du gagiste. Du moment que sa créance est sujette à vérification il doit laisser le syndic prélever sur le prix de vente du fonds les frais nécessités par cette vérification. Etant hors de la faillite, il ne doit supporter que les frais faits pour la réalisation de son gage.

Il n'en résulte pas qu'aucun contrôle ne puisse être exercé. Le syndic aura toujours le droit d'élever un contredit dans l'ordre ouvert sur le prix du fonds. Il pourra également s'assurer si le nantissement ne tombe pas sous le coup des articles 446, 447 et 448 § 1 du Code de commerce qui lui sont applicables.

Le nantissement sous l'empire de la loi de 1898 n'était pas astreint à un délai d'inscription. Les inconvénients apparurent tellement évidents que la loi du 17 mars 1909 a obligé le créancier gagiste à prendre inscription, sous peine de nullité du nantissement, dans la quinzaine de la date de l'acte constitutif, ajoutant

(1) Lyon, 16 février 1881, § 82, 2, 44. — Nancy, 21 mars 1902, D. 1903, 2, 169. — Boistel : *Droit commercial*, n° 988. — Lyon-Caen et Renault : *Droit commercial*, tome VII, n° 554.

qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire les articles 446, 447 et 448, § 1^{er}, du Code de commerce, seraient applicables. Cette dernière solution avait été antérieurement admise par les auteurs et la jurisprudence qui décidaient que le privilège du gagiste ne pouvait être opposé à la masse des créanciers de la faillite lorsque la formalité de l'inscription au greffe n'avait pas été remplie avant le jugement déclaratif de faillite (1).

Les nantissements constitués pour dettes antérieurement contractées sont nuls et sans effet relativement à la masse des créanciers lorsqu'ils ont été fait par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque.

Pourront être annulés les nantissements consentis par le débiteur après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif de faillite si, de la part de ceux qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation des paiements.

Enfin, en vertu de l'article 448, § 1^{er}, les nantissements valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. Le privilège du nantissement devant être inscrit à peine de nullité dans un délai de quinze jours après sa constitution, il n'y a pas lieu de tenir

(1) Lyon-Caen et Renault : *Droit commercial*, tome VII, n° 306. — Orléans, 6 novembre 1901. — *Le Droit*, 13 mars 1902.

compte en la matière du § 2 de l'article 448 qui déclare annulables les inscriptions prises pendant la période suspecte qui précède la faillite, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif et celle de l'inscription.

La loi n'a pas cru devoir aller plus loin. « Elle s'en est tenue, disait son rapporteur, aux dispositions très sages du Code de commerce, sans qu'il y ait lieu pour elle de frapper d'une nullité de plein droit en vertu d'une présomption de fraude *juris* et de *jure* les nantissements ayant pour cause une avance en deniers ou marchandises, une ouverture de crédit, non plus que les inscriptions de nantissements valablement acquis, prises après la cessation de paiements et avant le jugement déclaratif de faillite. Cela serait d'autant moins justifié en ce qui concerne les inscriptions qu'elles devront être prises à peine de nullité dans le court délai de quinzaine de la date du nantissement. »

CONCLUSION

Nous venons de voir avec quelle précision la loi de 1909 avait déterminé les éléments du fonds susceptibles d'être donnés en nantissement, et le soin qu'elle avait pris à sauvegarder les droits des différents intéressés. Nous avons examiné précédemment la nature de chacun de ces éléments et le rôle qu'ils jouent dans l'économie générale du fonds de commerce.

Il nous faut maintenant conclure en nous prononçant sur la nature juridique du fonds lui-même, question que nous avons réservée au seuil de notre étude.

Entre les différents systèmes que nous avons passés en revue, il nous semble qu'il faille donner la préférence à celui qui nous paraîtra le plus conforme aux textes ; c'est d'ailleurs le seul procédé qui soit admissible pour le jurisconsulte. Or, que dit la loi de 1909 ? Elle est muette quant à la définition du fonds de commerce. La loi s'est bornée à une simple énumération des éléments sans se prononcer sur la nature de l'ensemble. Même en se cantonnant dans un simple exposé, elle n'a envisagé les choses qu'à un point de vue relatif.

Elle a distingué entre le cas de vente et celui du nantissement. « Le législateur, dit M. Cordelet dans son rapport au Sénat (sess. ordin., *annexe* n° 73, 31 mars 1905), a sagement agi en ne définissant pas le fonds de commerce au point de vue d'une vente ; la question de savoir ce qui s'y trouve compris n'est et ne peut être qu'une question de fait et d'interprétation de la volonté des parties. En matière de nantissement, il en est autrement. Il importe de ne rien laisser à l'interprétation. Il faut, dans l'intérêt des tiers comme du créancier gagiste, ne laisser subsister aucun doute sur ce qui fait l'objet du nantissement et par suite sur l'étendue et les limites du privilège. »

La loi de 1909 semble avoir dissocié les éléments du fonds de commerce. En cas de vente, tous les éléments peuvent être transmis à l'acquéreur ; mais l'article 1^{er} § 3 exige, comme nous l'avons vu, qu'on spécifie des prix distincts pour les éléments incorporels, et pour le matériel et les marchandises. Elle suppose donc que l'acte de vente doit énumérer les éléments qui en font l'objet. D'autre part, chacun des éléments peut être vendu séparément.

Mais lorsqu'un seul des éléments fait l'objet de la vente, peut-on dire qu'il y ait vente de fonds de commerce. La loi ne dit rien à ce sujet.

En cas de silence des parties sur les éléments compris dans la vente, il semble qu'on doit décider que la vente porte sur tous les éléments sans exception.

Nous n'avons donc jusqu'ici aucune indication sur la nature juridique du fonds.

Mais le législateur est plus précis lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue du privilège du vendeur. « Il ne porte, dit l'article 1^{er}, § 2, que sur les éléments du fonds *énumérés dans la vente* et l'inscription.... » Donc, la loi considère séparément chaque élément du fonds au point de vue du privilège du vendeur. « Le privilège, ajoute-t-elle, qui garantit chacun de ces prix ou ce qui en reste dû, s'exerce distinctement sur les prix respectifs de la revente afférents aux marchandises, au matériel et aux éléments incorporels du fonds ».

Quant au nantissement, l'article 9 énumère limitativement les éléments du fonds qui sont susceptibles d'être compris ; et de son silence résulte implicitement l'exclusion des créances, des marchés à livrer, des loyers payés d'avance, des livres de commerce, de la correspondance, de l'immeuble où le fonds est exploité et même des marchandises neuves.

De tout ceci on est tenté à première vue de conclure que le législateur a fait sienne la théorie de M. Thaller, d'après laquelle « le fonds de commerce n'est par un tout ayant une économie propre... » tous ses éléments n'étant pas homogènes et se trouvant seulement rendus solidaires de fait par des considérations d'exploitation.

Cependant, un examen plus attentif nous empêche d'accepter cette théorie sans réserves.

En effet, si les parties sont libres de ne comprendre

dans la vente que tels ou tels éléments du fonds ; de ne soumettre au nantissement que tout ou partie de ceux que la loi lui permet d'y faire rencontrer, la loi détermine elle-même, lorsqu'elles n'ont rien dit, les éléments qui seront frappés par le privilège du vendeur, ou par le droit de gage du créancier nanti. Or, dans tous les cas, ces éléments sont : l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achanlagement (art. 1^{er} § 2 et art. 9 § 3).

Le législateur considère donc que ce sont là les éléments essentiels du fonds de commerce, sans lesquels on ne peut dire qu'il y ait un fonds de commerce. Ce sont les éléments incorporels qui concourent au recrutement et au maintien de la clientèle. Ce qui revient à dire que, comme nous l'avons déjà constaté, la clientèle est l'âme même du fonds de commerce, le centre de tous ses autres éléments.

Il nous est donc permis de conclure que le fonds de commerce est bien un tout ayant une économie propre ; mais un tout d'une nature spéciale et comportant plus ou moins d'étendue suivant la volonté des parties. C'est un ensemble d'éléments disparates ; les uns essentiels, primordiaux, les autres secondaires ou facultatifs, concourant à la vie commerciale du fonds mais pouvant en être détachés sans que le fonds cesse pour cela de subsister.

Volontiers nous comparerions le fonds de commerce à une machine faite de pièces démontables dont les unes

sont indispensables, tels l'achalandage et les éléments incorporels qui s'y rattachent, et les autres d'ordre secondaire tels le matériel et les marchandises, dont l'absence ne peut en rien arrêter le bon fonctionnement de la machine.

Ainsi envisagé, le fonds de commerce ne rentre dans aucune des classifications traditionnelles de biens, reconnues par la doctrine ou par la loi.

Il est un organisme « *suis generis* » et indépendant sans pour cela jouir d'une autonomie juridique telle qu'il faille y voir un patrimoine doté d'un actif et d'un passif.

Vu :

Le Président de la thèse,

Vu :

R. PIÉDELIÈVRE.

Le Doyen,

P. CAUWÈS.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
AVANT-PROPOS.....	1

PREMIÈRE PARTIE

De la nature juridique du fonds de commerce.

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Composition du fonds</i>	7
1 ^o Qu'est-ce qu'un fonds de commerce	7
2 ^o Éléments matériels du fonds de commerce.....	11
3 ^o Éléments incorporels du fonds de commerce.....	15
§ 1 ^{er} .— Droit au bail ...	16
§ 2. — L'enseigne.....	18
§ 3. — Le nom commercial	19
§ 4. — Les marques de fabrique ou de commerce.....	19
§ 5. — Les brevets d'invention et les secrets de fabrication	20
§ 6. — L'achalandage ou clientèle	20
4 ^o De l'actif et du passif du fonds de commerce	29
CHAPITRE II.— <i>Nature du fonds considéré dans son ensemble.</i>	32
1 ^o Historique.....	32
2 ^o Théories modernes	41
§ 1 ^{er} . — Le fonds de commerce envisagé comme patrimoine distinct du commerçant qui l'exploite	41
A) 1 ^{er} système. — Le fonds de commerce personne morale.....	43
B) 2 ^e système. — Théorie de la patrimonialité	49

	Page
c) 3 ^e système. — Le fonds de commerce universalité de droit	53
d) Critique de ces systèmes.....	55
§ 2. — Le fonds de commerce universalité de fait	62
§ 3. — Le fonds de commerce universalité juridique ..	65
A) Est-il une universalité juridique.....	65
B) Est-il un meuble corporel ou incorporel.....	66
c) Est-il un corps certain ou une chose de genre	68
Conclusion de la première partie.....	70

DEUXIÈME PARTIE

Du nantissement du fonds de commerce.

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Du nantissement du fonds de commerce antérieurement à la loi du 17 mars 1909</i>	75
CHAPITRE II. — <i>Étendue du nantissement</i>	94
§ 1 ^{er} . — Éléments incorporels ..	98
§ 2. — Éléments corporels....	100
§ 3. — Exclusion des marchandises.....	103
§ 4. — Exclusion des créances.....	113
§ 5. — Exclusion des marchés à livrer et autres traités.	117
§ 6. — Exclusion des loyers payés d'avance	117
§ 7. — Exclusion des livres de commerce et de la correspondance.	119
§ 8. — Exclusion de l'immeuble ou s'exploite le fonds..	119
CHAPITRE III. — <i>Nature du nantissement</i> ..	122
§ 1 ^{er} . — Indivisibilité du droit ..	123
§ 2. — Droit de suite.....	124
§ 3. — Droit de faire vendre	129
§ 4. — Droit de préférence	136
1 ^o Situation du créancier, le débiteur étant encore <i>in bonis</i> .	136
A) Concours du créancier gagiste avec des créanciers chirographaires.....	137
B) Concours avec d'autres créanciers nantis.....	137
c) Concours avec des créanciers privilégiés.....	139
2 ^o Situation du créancier nanti en cas de faillite du débiteur.	141
Conclusion.....	147

Grande Imprimerie de Blois, 2, rue Haute
